

BRUNO MARZULLO ZARONI

DELIBERAÇÃO E JULGAMENTO COLEGIADO

Uma análise do processo decisório do STF

**CURITIBA
2015**

BRUNO MARZULLO ZARONI

DELIBERAÇÃO E JULGAMENTO COLEGIADO

Uma análise do processo decisório do STF

Tese apresentada para obtenção do grau de Doutor em Direito no curso de Doutorado em Direito do Programa de Pós-graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni

**CURITIBA
2015**

Z38d

Zaroni, Bruno Marzullo

Deliberação e julgamento colegiado: uma análise do processo decisório do STF / Bruno Marzullo Zaroni; orientador: Luiz Guilherme Marinoni. – Curitiba, 2015. 392 p.

Bibliografia: p. 383-392.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2015.

1. Brasil. Supremo Tribunal Federal. 2. Precedentes judiciais. 3. Tribunais. 4. Processo civil. 5. Direito comparado. I. Marinoni, Luiz Guilherme. II. Título.

CDU 347.991

**Catálogo na publicação - Universidade Federal do Paraná
Sistema de Bibliotecas - Biblioteca de Ciências Jurídicas**

TERMO DE APROVAÇÃO

BRUNO MARZULLO ZARONI

DELIBERAÇÃO E JULGAMENTO COLEGIADO

Uma análise do processo decisório do STF

Tese apresentada para obtenção do grau de Doutor em Direito no curso de Doutorado em Direito do Programa de Pós-graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

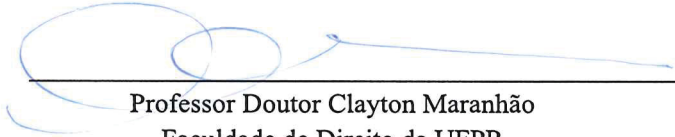
Orientador:



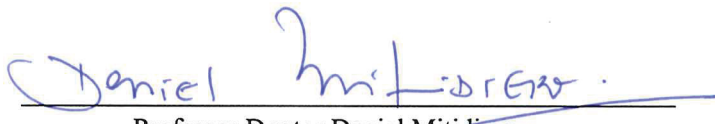
Professor Doutor Luiz Guilherme Marinoni
Faculdade de Direito da UFPR



Professor Doutor Sérgio Cruz Arenhart
Faculdade de Direito da UFPR



Professor Doutor Clayton Maranhão
Faculdade de Direito da UFPR



Professor Doutor Daniel Mitidiero
Faculdade de Direito da UFRGS

Professor Doutor André Ramos Tavares
Faculdade de Direito da USP



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
Programa de Pós-graduação em Direito

Ata da reunião da Comissão Julgadora da Tese apresentada pelo doutorando **Bruno Marzullo Zaroni**, realizada no dia dois de outubro de dois mil e quinze, às dezessete horas.

No dia dois de outubro do ano de dois mil e quinze, às dezessete horas, nas dependências do Programa de Pós-graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da UFPR – 3.º andar, em sessão pública, reuniu-se a Comissão Julgadora da Tese apresentada pelo doutorando **Bruno Marzullo Zaroni**, sob o título **"DELIBERAÇÃO E JULGAMENTO COLEGIADO"**. Comissão esta constituída pelos Professores Doutores Luiz Guilherme Bittencourt Marinoni (Orientador-Presidente/UFPR), Clayton Maranhão (UFPR), Sérgio Cruz Arenhart (UFPR), Daniel Francisco Mitidiero (UFRGS) e André Ramos Tavares (USP) – por videoconferência, respectivos Membros, nos termos da decisão do Colegiado deste Programa. Abrindo a sessão, declarou o Senhor Presidente que o exame inicia-se com a exposição sumária pelo doutorando, no prazo máximo de sessenta minutos, sobre o conteúdo de sua Tese, em seguida cada examinador arguirá o doutorando, no prazo máximo de trinta minutos, devendo a arguição ser respondida em igual prazo ou sessenta minutos quando haja diálogo na argumentação. Assim sendo, após a exposição oral, o doutorando foi arguido sucessivamente pelos Professores Doutores Luiz Guilherme Bittencourt Marinoni, Clayton Maranhão, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Francisco Mitidiero e André Ramos Tavares. Em seguida, o Senhor Presidente suspendeu a sessão por dez minutos, passando a Comissão Julgadora, em sessão reservada, ao julgamento da Tese, atribuindo cada examinador a sua nota de zero a dez (equivalente de D a A). Reabrindo a sessão, foi, pelo Senhor Presidente, anunciado o resultado do julgamento, declarando ter sido aprovada a Tese, por unanimidade de votos, sendo-lhe atribuídas as seguintes notas: Luiz Guilherme Bittencourt Marinoni, 10,00 (dez inteiros), Clayton Maranhão, 10,00 (dez inteiros), Sérgio Cruz Arenhart, 10,00 (dez inteiros), Daniel Francisco Mitidiero, 10,00 (dez inteiros), André Ramos Tavares, 10,00 (dez inteiros), resultando a média 10,00 (dez inteiros), equivalente ao conceito A. A seguir, emitiu a Comissão seu Parecer em separado, sendo a sessão encerrada pelo Senhor Presidente, o qual agradeceu a presença de todos. Do que para constar, eu, Fátima Becker Paim, Assistente em Administração, lavrei a presente ata que segue assinada pelos Senhores Membros da Comissão Julgadora.

Daniel Mitidiero

[Signature]

Praça Santos Andrade, 50 - 3º Andar
Tel.: (41) 3310-2685 e 3310-2739
www.ppgd.ufpr.br/



A Vanessa, com amor.

AGRADECIMENTOS

A elaboração trabalho não poderia ter sido alcançada com êxito sem o incentivo, a generosidade, a dedicação e o brilhantismo intelectual do Prof. Luiz Guilherme Marinoni, que tem, a cada dia, servido de inspiração a todos os estudiosos do Direito Processual Civil. Sinto-me imensamente honrado pela amizade e pela orientação no presente estudo. Obrigado pela prontidão em discutir e me auxiliar tanto diretamente quanto no período que estive vivendo em Nova Iorque.

Sou profunda e igualmente grato ao Prof. Sérgio Cruz Arenhart, que é, conjuntamente com o Prof. Marinoni, um dos grandes responsáveis pela minha inclinação para o estudo do Direito Processual Civil. Sou grato pelo privilégio de ter sido seu aluno e desfrutado de suas lições na graduação, mestrado e doutorado na Faculdade de Direito da UFPR.

Agradeço aos Professores Sérgio Arenhart, Clayton Maranhão, Daniel Mitidiero e André Ramos Tavares, componentes da banca, pela generosa disponibilidade de discutir e contribuir com a presente pesquisa.

Aos Professores da UFPR, sou plenamente grato pela minha formação acadêmica, desde a graduação, passando pelo mestrado e agora no doutorado.

Aos servidores da Secretaria do Programa de Pós-Graduação em Direito, pela constante gentileza e solicitude no apoio aos estudantes.

Agradeço aos professores Alejandro Garro, Jamal Greene, Michael Rebell e Adam Kolker, pela receptividade e apoio durante o profícuo ano de pesquisa como *Visiting Scholar* na *Columbia University*.

Neste particular, registro minha gratidão a Capes pelo apoio financeiro à pesquisa levada a efeito no exterior (Programa de Doutorado Sanduíche no Exterior – Processo n. 007733/2013-05).

Aos colegas do Escritório Peregrino Neto & Beltrami Advogados, sou grato pelo apoio, sem o qual não poderia ter desenvolvido esta tese com a tranquilidade necessária.

Agradeço ainda a Universidade Positivo e a todos os colegas de magistério, fazendo-o na pessoa do Prof. Roberto Di Benedetto.

Aos grandes amigos da vida, Cuca, Fonseca, Murilo, Luiz, Pinduca, Thiago e Kanayama.

Aos grandes amigos feitos na Pós-Graduação, Edilson, Ricardo, Luiz Henrique, Marcella, Juliana, Maurício e Denis.

Sou muito grato a Paula, por estar sempre disponível para conversar, discutir e me estimular a prosseguir.

Aos amigos feitos no exterior, especialmente na *Columbia Law School*, Aurelio, Marco, Martin, Jenifer, Jason, Fábio, Bruno, Safari, Hiroshi, Larissa, Richard, Lemuel e Igor, agradeço pela amizade e pelo companheirismo em Nova Iorque.

Ainda, não poderia deixar de expressar minha gratidão por aqueles que vivenciaram o dia-a-dia da elaboração do presente livro e foram inesgotáveis fontes de encorajamento e apoio: a Deus, que sempre se faz imprescindível; a Luiz, Selma e Fábio, cuja confiança e suporte se fizeram fortes e presentes. Ao meu irmão Fábio agradeço a companhia na pesquisa; ele, escrevendo seu mestrado em Odontologia, também na UFPR; eu, labutando na tese.

Finalmente, agradeço muitíssimo a minha querida Vanessa, pelo constante carinho, amor, companheirismo, apoio, paciência e por ter feito tão bem tudo o que foi preciso enquanto eu estava mergulhado na pesquisa.

“Appellate adjudication is a collegial enterprise, in which agency of performance lies with the court, not with the judges as individuals. It is the decisions and opinions of courts, not of individual judges, that have authority - authority over both immediate controversies and future judicial deliberations.” (KORNHAUSER; SAGER, The one and the many: Adjudication in collegial courts, 1993, p. 56)

“Tudo isso parece óbvio, e na realidade o é. Às vezes, no entanto, as coisas óbvias, passam despercebidas – aos tribunais, altos que sejam, não menos que ao comum dos mortais.” (BARBOSA MOREIRA, Questões de técnica e julgamento nos tribunais, 2007, p. 294)

RESUMO

Muito embora as Cortes de Precedentes, tal como o Supremo Tribunal Federal, sejam órgãos colegiados e, teoricamente, devam decidir como um grupo, pouca atenção tem se dado a tal particularidade e, mais precisamente, à dinâmica do julgamento colegiado. Argumenta-se que tais Cortes formam precedentes, mas não se dedica maior análise, por exemplo, a como as posições dos julgadores integrantes de um colegiado são traduzidas numa decisão institucional, tampouco como estes deliberam para decidir. Diante disso, a presente tese sustenta que, sendo a decisão das Cortes Supremas fruto do esforço coletivo, é de crucial importância a compreensão de sua mecânica colegiada, notadamente quando se cogita uma Corte responsável por outorgar unidade ao direito mediante a criação de precedentes. Busca-se compreender como aspectos procedimentais, práticas arraigadas e o atual arranjo institucional influenciam o desempenho deliberativo do Supremo Tribunal Federal, notadamente no que diz respeito a sua atuação colegiada e à interação discursiva entre seus membros. Como uma de suas abordagens, a pesquisa chama a atenção para uma construtiva interação entre deliberação, colegialidade e precedente, apoiando-se em elementos da teoria deliberativa. Ademais, discute-se como o procedimento decisório de uma Corte e o seu produto são influenciados pela teoria normativa subjacente ao julgamento colegiado. Sustenta-se, ainda, que a efetiva deliberação no Supremo Tribunal Federal permite que a lógica agregativa seja superada por aquela de caráter deliberativo, contribuindo para que a atividade decisória expresse a vontade institucional da Corte, ao invés de representar a mera predileção individual de seus membros. Esse aspecto, por sua vez, traz reflexo na missão da Corte na formação de precedentes. Uma Corte deve preocupar-se em deliberar adequadamente, a fim de, sempre que possível, produzir decisões institucionais com valor precedental - isto é, cuja *ratio decidendi* seja sufragada pela unanimidade ou maioria dos Ministros -, ao mesmo tempo em que deve guiar os julgadores que pretendam manifestar votos dissidentes ou concorrentes.

Palavras-chave: Cortes – Processo decisório – Deliberação – Precedentes – Julgamento colegiado

ABSTRACT

Although Supreme Courts are collective bodies and, presumably, should act as a group, little attention is given to such feature. Commonly, it is argued that Courts opinions create precedents, but without further analysis with respect to how the decision-making process operates in order to produce an institutional decision; how the individual judges interact in order to translate their individual preferences into an institutional opinion. In light of these problems, the thesis, as a general goal, argues that a Supreme Court opinion must be a product of a collegial endeavor. For this reason, it is crucial to comprehend the collegial internal operation, particularly in the context of a Court that has the institutional duty of establishing precedents. More importantly, the research examines the way in which procedural features, customary practices and the institutional arrangement affect the Supreme Court deliberation, remarkably with regard to the discursive and collegial interaction. As a premise, the thesis points out to a constructive interaction between deliberation, collegiality and precedent, drawing on lessons from the deliberative theory. In addition, the research discusses how the decision-making process of a Court is determined by a particular underlying normative theory. It is claimed that an effective deliberative performance in the Supreme Court tends to attenuate the aggregative rationality, contributing to a decision-making process that conveys an institutional opinion, rather than the mere preference of its members. This approach, in turn, has an impact on the Court's mission of establishing precedents. On this reading, a Court has to deliberate appropriately in order to produce, whenever attainable, institutional decisions - unanimous or majoritarian - with precedential value, and simultaneously has to provide guidance for the judges who want to write separately (dissenting or concurring opinions).

Keywords: Courts – Decision-making process – Deliberation – Precedents – Collegial Courts

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	4
 1. MODELOS DE COMPREENSÃO DO PROCESSO DECISÓRIO.....	16
1.1 Introdução.....	16
1.2 O modelo jurídico.....	17
1.3. O modelo atitudinal	23
1.4. O modelo estratégico.....	27
1.5. O modelo institucionalista	34
 2. DELIBERAÇÃO E COLEGIALIDADE.....	45
2.1. Introdução.....	45
2.2 Noções sobre deliberação na teoria democrática	46
2.3. Benefícios da democracia deliberativa	52
2.4. O Poder Judiciário como instituição deliberativa.....	58
2.5. Benefícios da deliberação	70
2.6. A aproximação de deliberação e julgamento colegiado.....	71
 3. DELIBERAÇÃO E PROCESSO DECISÓRIO NO DIREITO COMPARADO	
.....	82
3.1. Introdução.....	82
3.2. Procedimento e práticas deliberativas no modelo continental europeu.....	83
3.2.1 A divisão do trabalho no colegiado.....	84
3.2.2 A fluidez das interações deliberativas.....	90
3.2.3. O papel do “ <i>rapporteur public</i> ” e do “ <i>advocate general</i> ”	95
3.2.4. As sessões colegiadas preparatórias.....	102
3.2.5 Circulação do voto	105
3.2.6 A sustentação oral	107
3.2.7 A sessão privativa de deliberação e julgamento	109
3.2.8 Alguns exemplos da dinâmica deliberativa	112
a) Corte Europeia de Justiça.....	112
b) Conselho de Estado Francês	115
c) Tribunal Constitucional Alemão	117

d) Corte Constitucional Italiana	122
3.2.9 Deliberação e a estrutura da decisão	124
3.3 Procedimento e práticas deliberativas no modelo estadunidense.....	134
3.3.1 Writ of certiorari: decidindo o que decidir.....	134
3.3.2 A divisão do trabalho no colegiado.....	138
3.3.3 A sustentação oral	141
3.3.4 A sessão privativa de deliberação	146
3.3.5 A fase de redação dos votos	153
3.3.6 A dinâmica deliberativa: circulação de votos e fluidity.....	160
 4. DELIBERAÇÃO E PROCESSO DECISÓRIO NO STF	167
4.1 Introdução.....	167
4.2 Óbices procedimentais à deliberação no STF.....	168
4.2.1 A divisão do trabalho no colegiado.....	169
4.2.2 O déficit de cognição do colegiado.....	173
4.2.3 A lógica do julgamento <i>seriatim</i> antideliberativo.....	175
4.2.4 A disfuncionalidade da sustentação oral e as práticas informais de deliberação	188
4.2.5 A deliberação colegiada	198
4.3 Práticas que obstam a deliberação colegiada	207
4.3.1 A ausência de compartilhamento prévio das informações.....	207
4.3.2 A racionalidade advocatícia e as zonas de autarquia	211
4.3.3 Colegialidade e a ética deliberativa	219
4.3.4 O regime de deliberação: entre a transparência e o sigilo.....	222
 5. REPENSANDO A TEORIA NORMATIVA DO JULGAMENTO	
COLEGIADO.....	247
5.2 A relação entre a estrutura da decisão e as práticas deliberativas.....	248
5.3 A relação entre as práticas deliberativas e a estrutura da decisão.....	255
5.4 A valorização institucional e a lógica majoritária.....	261
 6. JULGAMENTO COLEGIADO NO STF	270
6.1 A estrutura básica de um encontro deliberativo	270
6.2 Deliberação e a sobrecarga de trabalho	271
6.3 O anacronismo da sessão de julgamento e a necessidade de uma remodelação	
que estimule a genuína deliberação	274

6.4 A etapa preparatória e o compartilhamento das informações: a moldura fática e a tese jurídica do caso	279
6.4.1 Delimitação da controvérsia.....	279
6.4.2 Precedentes e a luta contra a “amnésia institucional”	288
6.5 A fase inicial do julgamento colegiado	291
6.6 Deliberação e a formação do raciocínio decisório.....	292
6.6.1 A deliberação sobre as questões preliminares.....	297
6.6.2 A deliberação sobre o mérito	298
6.6.3 A deliberação sobre os precedentes	300
6.7 As rodadas de deliberação.....	302
6.8 O caráter antideliberativo do pedido de vista	307
6.9 A técnica da votação numa Corte de Precedentes	315
6.10 A designação do redator da justificativa majoritária.....	320
6.11 O julgamento eletrônico do art. 945 do CPC.....	324
6.12 A justificativa e redação da decisão deliberativa	327
6.13 A compreensão dos votos individuais na formação do precedente	334
6.13.1 Extrema convergência: o voto de adesão à posição majoritária	337
6.13.2 Extrema divergência: o voto dissidente	338
6.13.3 Entre os extremos: os votos concorrentes	342
6.13.3.1 Classificação simplificada.....	344
6.13.3.2 Classificação detalhada	346
6.13.4 A ressalva de entendimento	351
6.14 Encerramento da fase redacional e proclamação do resultado	356
6.15 Dispersão do resultado e dispersão dos fundamentos dos votos: a questão das <i>plurality opinions</i>	361
6.16 As <i>plurality opinions</i> diante da opção legislativa do novo Código de Processo Civil	373
6.17 Soluções em caso de empate	375
CONCLUSÃO	379
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	383

INTRODUÇÃO

“Appellate adjudication, the common, almost exclusive focus of theories of adjudication, is thus essentially a group process, yet extant theories neither explain the group nature of the process nor take it into account.”¹

Em prestigiados estudos produzidos ao longo dos últimos trinta anos, os professores norte-americanos Lewis A. Kornhauser e Lawrence G. Sager chamaram a atenção para aspectos decorrentes da mais proeminente e, paradoxalmente, mais negligenciada particularidade de uma Corte: a sua constituição colegiada.²

Segundo tais autores, as tradicionais teorias da decisão judicial revelam-se incompletas, uma vez que analisam o ato de julgar como uma atividade exercida monocraticamente; vale dizer, como o monólogo de um julgador isolado.

A realidade, todavia, demonstra que tanto as Cortes intermediárias quanto as Cortes Supremas são organizadas sob a forma de colegiados, isto é, de grupos de juízes que devem interagir³ e decidir coletivamente.⁴

Tal constatação, que poderia parecer óbvia, não se resume a isso. Em verdade, os referidos autores foram muito mais além, enfatizando importantes reflexos da natureza colegiada de um tribunal no processo de tomada de

¹ KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G., Unpacking the Court, **The Yale Law Journal**, v. 96, n. 1, p. 82–117, 1986, p. 82.

² KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G., Unpacking the Court, **The Yale Law Journal**, v. 96, n. 1, p. 82–117, 1986; KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G., The one and the many: Adjudication in collegial courts, **California Law Review**, p. 1–59, 1993; KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G., The many as one: Integrity and group choice in paradoxical cases, **Philosophy & public affairs**, v. 32, n. 3, p. 249–276, 2004.

³ Apenas pela análise de cada arranjo institucional em particular é que se compreende com que intensidade verdadeiramente transcorre a interação colegiada.

⁴ Evidentemente que não se está pensando aqui nos juízos de primeiro grau, mas nas Cortes de revisão e, notadamente, nas Cortes Supremas, responsáveis pela formação de precedentes.

decisão. Em apertada síntese, enfatizaram a expectativa de que juízes integrantes de um órgão colegiado comportem-se segundo a ética da colegialidade, que adaptem seu comportamento ao dever de julgar coletivamente, que deliberem de sorte a alcançar a melhor resposta possível para determinado problema e, finalmente, que consigam converter as variadas posições individuais (“os muitos”) no julgamento institucional da Corte (“em um”) - o que não implica, vale consignar, a vedação de que os desacordos internos sejam externados mediante votos dissidentes ou concorrentes.⁵

Tal raciocínio evidencia, portanto, que as Cortes são constituídas por um grupo diminuto de juízes que, em diferentes intensidades e dinâmicas, interagem entre si, a fim de tomar decisões.⁶

Todavia, e especialmente no Brasil, tem-se dedicado pouca atenção à temática da dinâmica deliberativa no julgamento colegiado. É justamente aí que se revela uma faceta ainda pouco explorada pelos estudos nacionais que trataram do processo decisório das Cortes Supremas e que, portanto, se insere o objeto da presente tese: assumindo a premissa de que a decisão judicial deve ser fruto do esforço colegiado, passa a ser de crucial importância a compreensão da dinâmica de deliberação judicial, notadamente quando se pensa numa Corte como o Supremo Tribunal Federal, cuja função institucional e normativa é dar unidade ao direito constitucional⁷ mediante a criação de precedentes.⁸

⁵ KORNHAUSER; SAGER, The one and the many, p. 1-2.

⁶ MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma corte deliberativa. In: VOJVODIC, Adriana; MOTTA PINTO, Henrique; PAGANI, Rodrigo (Org.). **Jurisdição Constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 57.

⁷ De acordo com Daniel Mitidiero, a função da Corte Suprema é “dar unidade ao Direito mediante a sua adequada interpretação a partir do julgamento de casos a ela apresentados. Com isso, a função da Corte Suprema é proativa, sendo sua atuação destinada a orientar a adequada interpretação e aplicação do Direito por parte de toda a sociedade civil e de todos os membros do Poder Judiciário. A sua função tem no horizonte o futuro: ela atua de maneira a proativa com o fim de guiar a interpretação do Direito, dando a ela unidade.” (MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**, São Paulo: RT, 2013, p. 66). Tal perspectiva difere da função das Cortes Superiores, que envolve, em suma, dar uniformidade ao direito por meio do controle das diversas soluções existentes para dado

É preciso ter em mente que, para que uma Corte Suprema desempenhe suas funções adequadamente, não importa tanto decidir as disputas concretas, já que o caso é apenas um pretexto para a Corte dar sentido e unidade ao direito, ou seja, o controle do caso é meramente um meio para o fim precípua de outorgar interpretação ao direito.⁹ Nesse horizonte, passa a ser essencial a compreensão de como as decisões são produzidas. Saber como uma Corte, enquanto órgão colegiado, decide é tão relevante quanto compreender o que ela decide.¹⁰

Isso remete a uma gama de problemas que emana da condição plurissubjetiva do julgamento colegiado, a principiar pela necessidade de se pensar no procedimento mais adequado à transmutação dos julgamentos singulares numa decisão institucional, no formato que tal decisão deve assumir, nas regras para agregação das posições individuais e, ademais, na técnica de redação da decisão colegiada.

Dentro dessa reflexão, um colegiado poderia, num extremo da linha de potenciais arranjos decisórios, preferir tomar decisões mediante a agregação das posições de cada um de seus componentes (somatório das preferências individuais). A Corte, dentro deste paradigma, decide e comunica-se mediante muitas vozes. Em grande medida, é este o comportamento decisório adotado no Supremo Tribunal Federal.

No outro vértice, o colegiado poderia optar por perfilhar a deliberação coletiva, com o objetivo de, ao cabo do debate, alcançar uma solução

problema. A respeito disso, v. MARTINEAU, Robert J., **Appellate Justice in England and the United States: A comparative analysis**. Buffalo: William S. Hein & Co., 1990, p. 27.

⁸ FEREJOHN; PASQUINO, Constitutional adjudication: Lessons from Europe, op. cit., p. 1680; RAWLS, John. **Political Liberalism**. New York: Columbia University Press, 1993, p. 231-240.

⁹ É o que bem explica Luiz Guilherme Marinoni: “Embora a Corte deve atribuir sentido ao direito, o exercício da sua função é estimulado pelo recurso do litigante, que desejava ver o caso resolvido em seu favor. Contudo, quando o recurso abre oportunidade para a Corte atuar, a solução do caso concreto é um pretexto para a Corte desincumbir da sua real missão.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas: Precedente e decisão do recurso diante do novo CPC**. São Paulo: RT, 2015, p. 20)

¹⁰ MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional courts and deliberative democracy**, Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 220.

consensual. Logo, a exigência deliberativa de criteriosa consideração, ponderação e discussão das variadas posições individuais tem o escopo de produzir uma solução unânime. A Corte, nesse regime, decide e pronuncia-se em uma só voz.

Entre as extremidades, situa-se o modelo que combina - nem sempre de modo estável - as abordagens antecedentes. Trata-se daquele arranjo decisório que, embora preconize a extensiva deliberação a respeito das potenciais soluções para determinado problema, se satisfaz com a atração da maioria do colegiado em torno da alternativa decisória mais aclamada e, ao mesmo tempo, se conforma que a minoria expresse publicamente o desacordo existente intramuros.¹¹ A Corte, portanto, é capaz de transmitir à sociedade o entendimento institucional (isto é, aquele acolhido pela maioria),¹² mas sem precisar suprimir a voz da minoria.

Independente do caminho que se escolha, há uma constatação inexorável: por trás de cada um destes procedimentos de tomada de decisão subjaz - ainda que nem sempre se consiga reconhecer - uma particular teoria normativa do julgamento colegiado, que, em última análise, rege de forma distinta a relação entre os juízes, enquanto agentes da instituição, e a Corte, enquanto instituição em si.¹³

Levando-se isso em conta, uma das hipóteses da presente tese é a de que o Supremo Tribunal Federal fica bastante aquém do desempenho decisório que dele se espera. Mas isso não se deve, deixe-se claro, à recusa da Corte ou

¹¹ ZURN, Christopher F., **Deliberative democracy and the institutions of judicial review**, Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 73–76.

¹² Quando se emprega o termo “maioria” ou “majoritário” ao longo do texto quer se referir à quantidade de votos suficiente para se constituir uma maioria segundo as regras próprias de cada Corte, seja ela simples, absoluta ou qualificada.

¹³ Usa-se ao longo do texto a expressão teoria “subjacente” ou “implícita” ao julgamento colegiado porque, a rigor, não se trata de uma teoria explicitamente reconhecida, nomeada e debatida. A realidade simplesmente aceita um modo de ser do julgamento colegiado sem suscitar maiores reflexões sobre a lógica que há por trás dela.

de seus Ministros em cumprir as suas atribuições institucionais. Seguramente, não se trata disso.¹⁴

A hipótese explicativa do problema é que, no Brasil, a teoria normativa subjacente ao julgamento colegiado – que se contenta com caráter agregativo dos posicionamentos individuais como modelo decisório, sem a preliminar deliberação – não dá conta da pesada missão institucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Em outras palavras, a teoria normativa vigente é incompatível com a alta expectativa que se deposita na Corte, tornando-a incapaz de, em grande parte dos casos, cumprir sua tarefa institucional de outorgar sentido ao direito ao exercer o controle de constitucionalidade.

Para tornar essa hipótese mais evidente, procura-se examinar Cortes estrangeiras regidas por distintas expectativas normativas sobre o julgamento colegiado e como isso repercute no seu modo de ser, em suas práticas e procedimentos.

A partir desse enfoque, o objetivo da presente pesquisa transfere-se para procedimento decisório do Supremo Tribunal Federal e, em particular, para os fatores que levam ao déficit deliberativo em seu julgamento colegiado, tomando por base a atuação do Plenário.¹⁵

A hipótese da tese é a de que, embora se constitua um órgão colegiado, cujas decisões mereceriam ser fruto do aprimoramento permitido pelo processo de deliberação intramuros, a prática concreta do Supremo Tribunal Federal evidencia muito mais um processo decisório caracterizado pela agregação das opiniões isoladas de cada Ministro. Há, nesse contexto, o pernicioso risco de que a decisão judicial resulte das opções pessoais de cada julgador ou ainda de compromissos aleatórios, não fundados em razões dotadas de universalidade.

Em outras palavras, o processo de tomada de decisões no Supremo Tribunal Federal revela-se, em grande medida, destituído da franca discussão a

¹⁴ Aliás, diante da excessiva sobrecarga de processos que pesa sobre o Supremo Tribunal Federal, é louvável o número de casos que são julgados anualmente.

¹⁵ Devido a isso, e à necessidade de delimitação teórica, não se tratou aqui de todas as manifestações decisórias nas Cortes estrangeiras, tampouco no STF, mas centrou-se na estrutura do julgamento do seu órgão Plenário (*full bench*).

respeito de como julgar adequadamente determinado caso, além de marcado pelo individualismo dos Ministros integrantes do colegiado.

A implicação disso é que o déficit na deliberação intrainstitucional afeta uma outra faceta da deliberação, qual seja, a deliberação externa, que corresponde à capacidade de o Supremo Tribunal Federal comunicar-se eficientemente com a coletividade e produzir uma decisão apta a orientar a conduta dos jurisdicionados.¹⁶

Neste contexto, não raramente a entrega da prestação jurisdicional resulta insatisfatória, com a prolação de decisões incoerentes, de difícil identificação da *ratio decidendi* e, por decorrência, cuja força enquanto precedente resulta expressivamente mitigada.

Com isso, se a hipótese de que o Supremo Tribunal Federal não atinge o desempenho decisório almejado for reputada verdadeira - e a crítica científica sinaliza que sim -, haveria, em tese, dois caminhos para solucionar o dilema. Ou se reduzem as expectativas que recaem sobre o Supremo Tribunal Federal, abandonando a exigência de que este opere como uma legítima Corte de Precedentes, ou se repensa a teoria atualmente subjacente ao julgamento colegiado.

No entanto, a primeira possibilidade mostra-se bastante improvável de ser levada a efeito devido a múltiplos fatores, a começar pela própria ordem constitucional que atribui ao Supremo Tribunal Federal a missão institucional de outorgar unidade ao direito de forma fundamentada. Contemporaneamente, com a gradativa adesão à teoria dos precedentes judiciais,¹⁷ acrescem-se exigências ainda mais robustas à Corte, pois já não basta que as decisões sejam formalmente motivadas. Reivindica-se que sejam motivadas de sorte tal que

¹⁶ FERREJOHN; PASQUINO, Constitutional adjudication: Lessons from Europe, op. cit., p. 1698.

¹⁷ Embora não nasça a partir disso, o fato é que novo Código de Processo Civil expressamente determina que os juízes e as Cortes respeitem os precedentes, a exemplo do seu art. 489, sob pena de se considerar a decisão judicial destituída de fundamentação, além dedicar um Capítulo específico ao tema (arts. 926 a 929).

delas possam ser extraídas substantivas razões generalizáveis (*ratio decidendi*), aptas, em última análise, a ser aplicadas a casos semelhantes.¹⁸

Diante de tal constatação, o trajeto da pesquisa passa a ser o de analisar criticamente o julgamento colegiado e buscar alternativas para suas deficiências.

O que se demonstra é que, em que pese o cenário de deficiência deliberativa e de ilusória colegialidade, o arcabouço teórico deliberativa pode desempenhar um papel de ferramenta crítica e de critério principiológico para que regras procedimentais respeitantes ao julgamento e práticas decisórias da Corte sejam repensadas e aprimoradas de sorte a reverter tal quadro.

A tese sustenta que o procedimento deliberativo constitui a alternativa ideal a ser seguida por uma Corte de Precedentes, tal como é o caso do Supremo Tribunal Federal - embora isso não implique a conclusão de suas decisões precisem ser tomadas segundo a regra da unanimidade. Com efeito, o modelo de julgamento colegiado majoritário, que privilegia o objetivo institucional da Corte, sem sufocar as vozes dissonantes, parece ser um modelo ideal diante da realidade nacional e, notadamente, de um arranjo institucional que aspira por fomentar uma cultura jurídica de precedentes.

Dessa forma, a tese perfilha o argumento de que o desempenho deliberativo da Corte traz expressiva influência no resultado do exercício jurisdicional, que, em última análise, é a produção de uma decisão de melhor qualidade, isto é, dotada de racionalidade, de modo a permitir não apenas a compreensão de seu resultado (dispositivo do julgado), mas também das razões que levaram a Corte a decidir de determinada maneira (*ratio decidendi*) e que orientarão julgamentos futuros.¹⁹

¹⁸ ATIYAH, Patrick S.; SUMMERS, Robert S., **Form and substance in Anglo-American law: A comparative study of legal reasoning, legal theory, and legal institutions**, Oxford: Clarendon Press, 2002, p. 120–121.

¹⁹ Parte-se aqui da ideia de um ordenamento jurídico que adota ou aspira adotar um modelo precedentalista, isto é, um paradigma destinado a munir o sistema judicial de racionalidade e previsibilidade ao fundar-se no postulado de que novos casos serão tratados de forma igual a casos semelhantes anteriormente julgados pelo Poder Judiciário. Sobre as vantagens do ideal da igualdade e da segurança jurídica no sistema processual sob a perspectiva dos precedentes, ver: MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**, São Paulo: RT,

Não se pretende aqui, advirta-se desde logo, sustentar um determinismo cego. Inegavelmente mesmo julgamentos decorrentes de ampla discussão colegiada podem produzir resultados indesejados.

Porém, compartilha-se a assunção de Jon Elster, no sentido de que um procedimento deliberativo tende a gerar decisões qualitativamente melhores, na medida em que serve para revelar as informações privadas, atenua a racionalidade limitada, induz a um modo particular de justificar as pretensões individuais, legitima as escolhas, estimula a obtenção do consenso e, finalmente, aprimora as qualidades morais e intelectuais dos participantes.²⁰

De modo análogo, segundo a teoria normativa proposta por Conrado Hübner Mendes, a prática decisória deliberativa é desejável por conta de seus potenciais benefícios epistemológicos (aptidão para produzir melhores decisões ao fomentar o intercâmbio de informações entre os participantes), comunitários (idoneidade para estimular o consenso ou, quanto menos, reduzir o dissenso), psicológicos (disposição para propagar o sentimento de inclusão e respeito mútuo entre os participantes) e pedagógicos (propensão para desenvolver gradualmente a habilidade argumentativa e deliberativa de determinado grupo).²¹

Nessa ordem de ideias, alguém poderia contrapor que a afirmação de que uma Corte Suprema mereça presar pela qualidade de sua prática deliberativa é ainda insuficiente para elucidar como deva ser a atuação concreta de um colegiado na solução das disputas, especialmente porque a deliberação judicial é significativamente subordinada ao desenho institucional de cada tribunal.²²

2010; MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**, São Paulo: RT, 2013.

²⁰ ELSTER, John. Introduction. In: _____ (Ed.). **Deliberative democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 11.

²¹ MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional courts and deliberative democracy**, Oxford: Oxford University Press, 2013.

²² MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional courts and deliberative democracy**, Oxford: Oxford University Press, 2013.

Vale dizer: a deliberação pode sofrer larga margem de variações diante das diferentes práticas decisórias, regras procedimentais, rituais judiciais e das distintas formas pelas quais a vontade dos integrantes do colegiado é concebida, debatida e traduzida numa decisão supraindividual.²³

É diante desse cenário que se torna oportuno para a tese avançar nas seguintes frentes: de um lado, adentrar no debate normativo a respeito de como uma Corte Suprema deva ser na perspectiva deliberativa;²⁴ de outro viés, levar a efeito um estudo comparativo do julgamento colegiado em algumas Cortes de Precedentes.

Um profícuo ponto de partida dentro desta temática pode ser encontrado na reflexão desenvolvida por John Ferejohn e Pasquale Pasquino acerca dos modelos norte-americano e europeu de Corte Constitucional, a partir da qual se distinguem duas categorias de práticas deliberativas: a interna e a externa.

A primeira delas é caracterizada pela deliberação que se desenrola entre os membros de um colegiado com vistas à argumentação e à persuasão recíproca que antecede à tomada de decisão. Representa, pois, o esforço intramuros do colegiado para se alcançar o consenso e, assim, produzir um julgamento unívoco e impessoal.²⁵ Ao seu turno, a deliberação externa refere-se à argumentação levada a efeito pelo colegiado com intuito de comunicar-se com personagens externos à Corte. Os argumentos suscitados na deliberação são direcionados muito mais à audiência externa do que ao convencimento dos pares no colegiado.²⁶

²³ V., por exemplo: LASSER, Mitchel de S.-O.-L'E, **Judicial deliberations: A comparative analysis of transparency and legitimacy**, Oxford: Oxford University Press, 2004; BOBEK, Michal, **Comparative reasoning in European Supreme Courts**, Oxford: Oxford University Press, 2013.

²⁴ MENDES, O projeto de uma corte deliberativa, op. cit., passim.

²⁵ A respeito da deliberação interna do colegiado, v.: “Internal deliberation by a group is the effort to use persuasion and reasoning to get the group to decide on some common course of action.” (FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional adjudication: Lessons from Europe. **Texas Law Review**, v. 82, 2004, p. 1692)

²⁶ FEREJOHN; PASQUINO, Constitutional adjudication: Lessons from Europe, p. 1671 et seq.

Orientado por esta distinção preliminar, a presente pesquisa procura isolar e compreender criticamente a deliberação intrainstitucional como uma das empreitadas deliberativas de uma Corte colegiada.²⁷

Para tanto, valendo-se preliminarmente de uma perspectiva comparativa, pretende-se examinar as configurações procedimentais e as práticas decisórias de determinadas Cortes elegidas como representantes dos modelos deliberativos continental europeu e norte-americano, ainda que em linha de extrema generalização. Daí então é que se examinará o procedimento deliberativo do Supremo Tribunal Federal.

Para a consecução do objetivo proposto, a presente tese inaugura-se sustentando que a compreensão do processo de tomada de decisões colegiado pode dar-se a partir de modelos explicativos, quais sejam, o jurídico, o atitudinal e o estratégico. Além desses modelos, demonstra-se a existência de uma outra possível abordagem. Trata-se do modelo institucional, que, em síntese, procura compreender o processo decisório à luz de aspectos institucionais de determinado tribunal, tal como a sua missão institucional, as regras internas, as práticas formais e informais, a dinâmica de interação do colegiado e o respectivo arranjo deliberativo, no qual julgadores e interlocutores exercem seus papéis.

No segundo capítulo, destinado ao estabelecimento do alicerce teórico da pesquisa, tratar-se-á das razões subjacentes à deliberação, da noção de colegialidade e de como fundamentos da teoria deliberativa podem ser emprestados e adaptados com a finalidade de aprimorar a técnica de julgamento colegiado.

Já no terceiro capítulo, de caráter predominantemente analítico, a pesquisa examina o funcionamento da dinâmica deliberativa de algumas Cortes representativas do modelo continental europeu, bem como da Suprema Corte

²⁷ Como será tratado ao longo da pesquisa, a noção de tarefas de uma Corte colegiada é desenvolvida com maior completude por Conrado Hübner Mendes, cuja obra a seguir é um dos marcos teóricos fundamentais da presente tese: MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional courts and deliberative democracy**, Oxford: Oxford University Press, 2013.

dos Estados Unidos, buscando, à luz de uma metodologia comparativa, compreender o encadeamento entre deliberação e julgamento colegiado.

No capítulo final da pesquisa é que se investiga a prática deliberativa do Supremo Tribunal Federal, isolando os fatores que impedem e estimulam a deliberação intramuros.

A tese pretende demonstrar como determinados aspectos procedimentais, práticas decisórias e o atual arranjo institucional podem ser repensados de sorte a aprimorar o desempenho do tribunal, notadamente no que diz respeito à interação discursiva e à conjugação das posições individuais no julgamento colegiado.

Nesse transcurso, a tese chama a atenção para uma construtiva interação entre deliberação colegiada e precedente. A efetiva deliberação numa Corte Suprema permite que os desvios de precedentes, os argumentos inconsistentes e as idiossincrasias de cada julgador sejam submetidos ao escrutínio e à depuração de debate colegiado. Com isso, abre-se espaço para que seja combatida a nociva cultura do personalismo e remediada a ausência de uma visão institucional no exercício da função jurisdicional, promovendo, por conseguinte, a eticização dos precedentes.²⁸

Antes, porém, de encetar o percurso, cabe uma breve delimitação temática: a investigação ora delineada não tem a pretensão de esgotar o assunto, uma vez que, além da intrincada disciplina, são múltiplas as suas potenciais manifestações e problemas. Objetiva-se, preponderantemente, analisar a deliberação intrainstitucional, abandonando-se desde logo o exame da vertente externa, que envolve tanto os fatos e aspectos processuais anteriores à deliberação colegiada, quanto os debates instigados na esfera pública com a prolação do julgamento.

Por isso mesmo e por uma necessidade de delimitação teórica, não se pretende aqui examinar todos os procedimentos e manifestações decisórias da Corte, tampouco descrever as fases transcorridas até que um caso esteja pronto

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: Justificativa do novo CPC**. São Paulo: RT, 2014.

para o julgamento do órgão Plenário. O que é interessa aqui, em última análise, é isolar o julgamento colegiado, como momento central da atividade decisória da Corte e, notadamente, da formação de precedentes.

Portanto, longe de pretender o esgotamento total e irrestrito da temática proposta, a presente pesquisa tem o propósito de expor, discutir, sugerir soluções e provocar a reflexão sobre o assunto, na perspectiva de que o sistema processual brasileiro possa, dentro do que é possível, aprimorar-se e beneficiar-se não apenas da experiência levada a efeito no direito estrangeiro, mas também de contribuições que são estranhas à dogmática processual.

1. MODELOS DE COMPREENSÃO DO PROCESSO DECISÓRIO

*“My complaint is not, as one might think, that academics are too critical of judges; in many respects they are insufficient critical. My complaint is that the current academic critique of the judiciary is unrealistic about judges, unhelpful to them, and indeed rather uninterested in them unless they happen to be Supreme Court Justices.”*²⁹

*“... judges have a common interest, as members of the judiciary, in getting the law right, and that, as a result, we are willing to listen, persuade, and be persuaded, all in an atmosphere of civility and respect.”*³⁰

1.1 Introdução

O presente capítulo busca demonstrar que a compreensão do processo decisório no âmbito de uma Corte colegiada pode ser auxiliada por modelos teóricos. Tais ferramentas de análise, empregadas mais frequentemente na literatura jurídica norte-americana, correspondem aos modelos de entendimento do comportamento decisório de caráter jurídico, atitudinal e estratégico.

Ao lado destes modelos, pretende-se demonstrar a existência de outra possível abordagem. Trata-se do modelo institucional, que, em síntese, procura entender o processo decisório não do ponto de vista do juiz individualmente e de suas preferências pessoais, mas sim à luz de aspectos institucionais de uma Corte, tal como a sua missão institucional, as regras internas, as práticas informais, a dinâmica do colegiado e o respectivo arranjo deliberativo, no qual julgadores e interlocutores exercem seus papéis.

Portanto, objetiva-se neste capítulo apresentar algumas possibilidades de compreensão do processo decisório e, ainda, destacar um modelo de análise

²⁹ POSNER, Richard A., **How judges think**, Cambridge: Harvard University Press, 2010, p. 12.

³⁰ EDWARDS, Harry T., The effects of collegiality on judicial decision making, **University of Pennsylvania Law Review**, p. 1639–1690, 2003, p. 1645.

que enfatiza os elementos institucionais de uma Corte como fator que dá molde ao processo de tomada de decisões e, mais precisamente, conecta a deliberação, enquanto opção de procedimento decisório, com uma feição institucional das Cortes: a colegialidade do órgão julgador e os reflexos que daí advém.

Com efeito, o presente capítulo tem, primeiramente, o propósito descritivo de tais modelos para estruturação da base teórica da pesquisa; num segundo momento, o escopo será de evidenciar os fatores que influenciam a atuação dos juízes quando inseridos em um colegiado, almejando, em última análise, tornar mais clara a mecânica ínsita à deliberação colegiada.

1.2 O modelo jurídico

A forma de compreensão do procedimento decisório mais tradicional é a jurídica. Segundo tal metodologia, a atividade decisória deve ser entendida a partir de sua relação com as normas jurídicas. Isso significa que tal método procura decifrar o produto da atividade jurisdicional - a decisão judicial - como consequência da incidência objetiva das normas jurídicas.

Obviamente, a premissa deste paradigma é a de que a decisão judicial é determinada unicamente pelas normas que compõem o ordenamento jurídico, sendo imune ao influxo de fatores externos, tais como a ideologia, a personalidade, os valores, as condições e experiências do juiz. Tal modelo, como bem relatam Segal e Spaeth, parte da “perspectiva pouco sofisticada de que os juízes são objetivos, destituídos de paixões e imparciais em suas decisões.”³¹ No âmbito deste modelo de análise, não há espaço para se investigar a atuação criativa, discricionariedade ou interferências de caráter

³¹ A abordagem legalista, portanto, parte da “unsophisticated view that judges are objective, dispassionate, and impartial in their decision making”. (SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J., **The Supreme Court and the attitudinal model revisited**, Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 6).

político, já que o fator explicativo de uma decisão judicial circunscreve-se à técnica jurídica.³²

A decisão judicial na abordagem legalista é, portanto, produto de um silogismo em que as normas jurídicas compreendem a premissa principal, os fatos correspondem à premissa secundária e a decisão judicial representa a conclusão decorrente da subsunção objetiva da norma aos fatos.

Richard Posner ressalta que, na perspectiva legalista, uma vez que as normas jurídicas são dadas e apenas precisam ser aplicadas sobre os fatos, exigindo tão-somente a realização de uma operação lógica de subsunção, o juiz mostra-se desinteressado pelas ciências sociais, pela filosofia, pela política ou por qualquer outra fonte de orientação ao julgar.³³

Logo, o modelo jurídico percebe o processo decisório como algo exclusivamente determinado pelas normas jurídicas, não perquirindo a respeito de eventuais motivações extrajurídicas ou fatores de ordem institucional.

Uma contundente crítica a esse modelo é a de que tal abordagem parte da suposição - comum também ao positivismo jurídico clássico - de que o ordenamento jurídico é um sistema integralmente completo (prevendo soluções *a priori* para quaisquer situações) e fechado em relação a influxos da política, da economia e de outros campos do saber.

A perspectiva, em certa medida, conecta-se ao modelo do Estado Legislativo, constituído a partir dos influxos da ideologia liberal, no qual a validade da norma era determinada a partir de um critério formal, já que ligada à competência da autoridade da qual emanou.³⁴

³² “Legalists decide cases applying preexisting rules or, in some variations of legalism, by employing allegedly distinctive modes of legal reasoning, such as ‘legal reasoning by analogy’. They do not legislate, do not exercise discretion other than in ministerial matters (such as scheduling), have no truck with policy, and do not look outside conventional texts – mainly statutes, constitutional provisions, and precedents (authoritative judicial decisions) – for guidance in deciding new cases. For legalists, the law is an autonomous domain of knowledge and technique.” (POSNER, **How judges think**, p. 17).

³³ POSNER, **How judges think**, p. 43.

³⁴ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo (s)**. Madri: Editorial Trotta, 2003, p. 15.

Sob esse enfoque, ao Poder Judiciário não era reconhecido o papel de construção do fenômeno jurídico, sendo lícito aos juízes, somente ser “a boca que pronuncia as palavras da lei”.³⁵ Conforme explica Luigi Ferrajoli, o princípio da legalidade era a única fonte de legitimação da lei.³⁶

Tal metodologia, porém, ignora profunda mudança paradigmática que se dá com o advento do Estado Constitucional.³⁷

Isso porque a norma de reconhecimento deixa de se fundar no princípio da legalidade para ser determinada por parâmetros constitucionais. A partir disso, o fundamento de validade das normas jurídicas passa a ser a coerência com o conteúdo dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais.³⁸

Nesse novo ambiente, é sensível a alteração no papel reservado à jurisdição, uma vez que se outorga aos juízes, entre outras coisas, a tarefa de avaliar a constitucionalidade das normas, ou seja, “se altera el papel de la jurisdicción, que es aplicar la ley solo si es constitucionalmente valida, y cuya interpretación y aplicación son siempre, por esto también un juicio sobre la misma que el juez tiene el deber de censurar con invalida mediante la denuncia

³⁵ Ovídio Baptista da Silva explica que Montesquieu, filósofo a quem é atribuída a criação da doutrina da separação dos poderes, jamais considerou o Poder Judiciário um poder autêntico. Por isso, “ao referir-se ao poder judicial (*puissance de juger*) num Estado democrático MONTESQUIEU (...) afirma ser tal poder ‘invisível e nulo’ (...), pois ‘os juízes não são senão (...) a boca que pronuncia as palavras da lei’ (...)” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista. **Curso de processo civil**. 5. ed. São Paulo: RT, 2000, v. 1, p. 24).

³⁶ FERRAJOLI, Pasado y futuro del estado de derecho, op. cit., p. 16.

³⁷ Compreende-se que, do ponto de vista sociopolítico, o constitucionalismo responderia melhor às necessidades de sociedades política e culturalmente plurais. Figueroa, à luz da lição de Zagrebosky, aponta, em certa medida, certas razões que levaram a superação do Estado Legislativo: “(...) el monismo del Estado decimonónico se asentaba sobre una estructura jurídica, política y social monolítica favorecida por una concepción nítida de la soberanía y una cierta homogeneidad cultural. Por el contrario, en la actualidad asistimos *ad extra* a una relativización de la noción de soberanía y además *ad intra* a fenómenos como el multiculturalismo, que en ambos casos reclaman normas de estructura principal preparadas para la transacción y la argumentación en sociedades abiertas y plurales.” (FIGUEROA, Alfonso Garcia. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo (s)**. Madri: Editorial Trotta, 2003, p. 183).

³⁸ Assim expõe Ferrajoli: “Ante todo, cambian las condiciones de validez das leyes, dependientes ya no sólo de la forma de sua producción sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales.” (FERRAJOLI, Pasado y futuro del estado de derecho, op. cit., p. 18).

de suya inconstitucionalidad, cuando non sea posible interpretarla en sentido constitucional.”³⁹

Há, para além disso, o que se costuma denominar “onipresença da Constituição”. Ora, na medida em que a Constituição oferece um denso conteúdo material - composto por valores, princípios fundamentais, diretrizes ao Poder Público - dificilmente haverá uma questão jurídica relevante que não encontre tratativa dentro do texto constitucional.⁴⁰

Com efeito, essa rematerialização supõe que a Constituição já não tem por objeto somente a distribuição formal de poder entre os distintos órgãos estatais, mas está dotada de conteúdo material, notadamente princípios e direitos fundamentais que condicionam a validade das normas inferiores.⁴¹

Como os princípios envolvem enunciados dotados de uma textura aberta e como o direito é essencialmente argumentativo, outorga-se maior discricionariedade ao julgador na criação do direito, em particular em Cortes de Precedentes. A propósito, Conrado Hübner Mendes elucida este caráter justificatório do direito ao tratar de sua perspectiva não-positivista. Sob esse enfoque, o direito apenas tem sentido quando compreendido seus princípios basilares. A rigor, torna-se improvável solucionar casos difíceis sem dar atenção aos valores e aos princípios que outorgam racionalidade a um sistema jurídico. Tais variáveis não se localizam na superfície dos documentos jurídicos, mas são revelados por intermédio da atividade interpretativa.⁴²

³⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del estado de derecho*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo (s)**. Madri: Editorial Trotta, 2003, p. 18.

⁴⁰ “Es lo que se ha llamado a veces el efecto impregnación ou irradiación del texto constitucional; de alguna manera, todo deviene Derecho constitucional y en esa misma medida la ley deja de ser el referente supremo para la solución de los casos.” (SANCHÍS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo y poderación judicial*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo (s)**. Madri: Editorial Trotta, 2003, p. 132.

⁴¹ A expressão rematerialização corresponde à incorporação no texto constitucional de uma ordem de valores. Diz-se, assim, que houve a incorporação de grande parte dos conteúdos ou valores de justiça elaborados pelo jusnaturalismo racionalista, assim como uma grande aproximação entre direito e moral. (SANCHÍS, Luis Prieto. **Constitucionalismo y positivismo**. 2. ed. México: Fontamara, 1999, p. 16-23).

⁴² MENDES, Conrado Hübner, **Constitutional courts and deliberative democracy**, Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 58.

Nota-se, ainda nesse contexto, a passagem de uma técnica legislativa de cunho eminentemente casuístico para a adoção também da técnica aberta, a partir de conceitos jurídicos indeterminados.⁴³

Outro fator vinculado a isso é que, na passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional, a atividade jurisdicional passou a servir não somente à resolução de disputas concretas, mas a de funcionar como um agente encarregado de outorgar unidade do Direito mediante a concepção de precedentes. Vale dizer, mediante a solução do caso concreto, a Corte busca formular razões generalizáveis que orientarão casos futuros.⁴⁴

Comparando a missão da Corte Suprema com aquela da Corte Superior, nota-se que cabe àquela outorgar a adequada interpretação do direito a partir das disputas que lhe são submetidas. A Corte Suprema é uma Corte de interpretação do direito, não uma Corte de controle das decisões. Interpretar adequadamente o direito não é um episódio incidental na missão de uma Corte, mas sim sua incumbência máxima.

Levando-se em conta a missão jurídico-institucional de uma Corte Suprema, é fundamental compreender que a atividade decisória pressupõe a construção de um raciocínio não apenas de caráter lógico; para além disso, exige o esforço argumentativo devido a necessidade de escolhas a partir da individualização e valoração de significados que devem ser atribuídos a normas e fatos.⁴⁵

É aí que se apresenta uma relevante conexão entre deliberação e direito. Para a visão positivista, segundo a qual a lei é um elemento dado e, portanto, não passível de interpretação, tampouco que o Poder Judiciário possa lhe outorgar sentido, nega-se sem maiores dificuldades o caráter deliberativo do direito.

⁴³ MITIDIERO, Daniel, Fundamentação e precedente – Dois discursos a partir da decisão judicial, **Revista de Processo**, n. 206, 2002, p. 66-67.

⁴⁴ MITIDIERO, Fundamentação e precedente, p. 70.

⁴⁵ MITIDIERO, Daniel, **Cortes superiores e Cortes Supremas: Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**, São Paulo: RT, 2013, p. 57-58.

Partindo do pressuposto de que o conteúdo e o sentido da norma são elementos claramente objetivos e constatáveis por qualquer juiz de forma idêntica, é natural que se entenda a atividade jurisdicional como sendo de caráter apenas declarativo da vontade da lei. Por conseguinte, não haveria qualquer utilidade em pensar que os julgadores deveriam envolver-se num embate discursivo para interpretá-la.⁴⁶ De igual sorte, não haveria sentido em pensar a atividade jurisdicional como construtiva do fenômeno jurídico, mas simplesmente como uma declaração mecânica e objetiva de um texto imune a interpretações.

Por sua vez, a visão contemporânea, tributária do Estado Constitucional, demonstra, contrariamente, que o direito pode ser deliberativo, na medida em que permite sopesar as potenciais interpretações, notadamente diante dos casos difíceis, nos quais as normas incidentes são variadas, conflitantes e geralmente de conteúdo aberto – tal como os princípios e os direitos fundamentais. Portanto, o que não seria possível hodiernamente seria justamente “viver perante lei sem envolver-se discursivamente”.⁴⁷

Feitas tais considerações, vale agora mencionar que a principal crítica dirigida ao modelo jurídico de análise do comportamento judicial é que tal abordagem pode justificar qualquer possível resultado de uma decisão.⁴⁸

Ora, praticamente as partes podem ventilar argumentos fundados nos mais variados critérios: no texto literal e cerrado da norma ou na principiologia aberta da norma constitucional; na intenção histórica do legislador ou nas necessidades pragmáticas do tempo presente; na norma positivada ou nos precedentes. Como há uma ampla gama de opções de escolha coerentes e justificáveis para a Corte, a abordagem torna-se incontestável e, ao mesmo tempo, de duvidoso controle, na medida em que não se pode prognosticar

⁴⁶ A título de exemplo, v. o modelo jurisdicional francês: BELL, John, **Judiciaries within Europe a comparative review**, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 69–70.

⁴⁷ MENDES, **Constitutional courts and deliberative democracy**, p. 53.

⁴⁸ Basta pensar que a interpretação da mesma norma constitucional presente na Constituição estadunidense – Décima Quarta Emenda - convalidou a segregação racial em escolas no caso *Plessy v. Ferguson* e, posteriormente, entendeu-a inconstitucional em *Brown v. Board Education*.

objetiva e confiavelmente o resultado de um julgamento. Em outros termos, basicamente qualquer resultado pode ser conduzido a uma norma dotada de maior abertura, a um princípio ou a um precedente.

Por isso mesmo, parcela dos estudiosos do comportamento judicial, notadamente cientistas políticos e economistas, manifesta a crítica cética de que o argumento jurídico constitui, em certa medida, apenas uma formalidade da decisão judicial, cujo pretexto é dissimular as sinceras intenções do julgador e, desse modo, assegurar uma aparência de legitimidade ao *decisum*.⁴⁹

Como, nesse cenário e diante desta crítica, torna-se árduo explicar o processo decisório apenas a partir da subsunção, surgiu o interesse de se compreender a influência de outros fatores na atividade jurisdicional.⁵⁰ Daí a importância de se avançar em outras abordagens de análise do comportamento judicial.

1.3. O modelo atitudinal

O modelo atitudinal desenvolveu-se na esteira do surgimento da corrente behaviorista na ciência política norte-americana dos anos 60. Sua inspiração deita raiz também no realismo jurídico, na psicologia e nos modelos econômicos de análise do direito.⁵¹

Esse modelo parte da premissa de que as decisões judiciais são mais precisamente explicadas a partir das preferências políticas e ideológicas dos magistrados e não à luz das normas jurídicas ou dos precedentes judiciais. Na perspectiva atitudinal, o juiz efetua suas escolhas argumentativas a partir de

⁴⁹ SEGAL; SPAETH, **The Supreme Court and the attitudinal model revisited**, passim.

⁵⁰ “By looking beyond normative assumptions regarding how judges should act to the question of what motivates them to act as they do, positive scholars have identified a number of political forces that influence the decisions of constitutional judges.” (FRIEDMAN, Barry, The politics of judicial review, **Texas Law Review**, v. 84, p. 257–337, 2005, p. 270–271).

⁵¹ MALTZMAN, Forrest; SPRIGGS II, James F.; WAHLBECK, Paul J., **Crafting law on the Supreme Court: The collegial game**, New York: Cambridge University Press, 2000, p. 10–12.

suas convicções políticas e ideológicas, embora argumentando juridicamente.⁵² Logo, os fatores ideológicos são centrais para o processo de tomada de decisão.

Conforme explicado pelos teóricos contemporâneos que mais se dedicaram ao tema, Jeffrey Segal e Harold Spaeth,⁵³ o modelo atitudinal parte da hipótese de que os *Justices* da Suprema Corte estadunidense decidem à luz das suas preferências ideológicas e políticas.

Portanto, no contexto jurídico-político norte-americano, o modelo seria razoavelmente singelo: juízes liberais decidem de forma liberal, ao passo que conservadores decidem de forma a fazer avançar uma agenda de compromissos conservadora.⁵⁴

Embora haja diversos critérios para se avaliar as preferências dos magistrados, a maioria dos estudos, conforme assinala Richard Posner, procura testar a hipótese tomando em conta o partido político do Presidente que realizou a nomeação de determinado *Justice*.⁵⁵

Por isso, o modelo atitudinal tem sido usado, aliado ao emprego de técnicas estatísticas, para prever os resultados de processo judiciais submetidos à apreciação da Suprema Corte norte-americana.

Em uma pesquisa relativa ao ano judiciário de 2002-2003, cientistas políticos filiados à metodologia atitudinal disputaram com juristas suas predileções a respeito do resultado de julgamentos da Suprema Corte. A ideia era prognosticar não apenas o resultado final do julgamento, mas também o

⁵² “The central tenet of the attitudinal model is that the primary determinant of much judicial decisionmaking is the judge’s own values.⁷⁵ Judges come onto the bench with a set of ideological dispositions and apply them in resolving cases.” (FRIEDMAN, *The politics of judicial review*, p. 272).

⁵³ SEGAL; SPAETH, **The Supreme Court and the attitudinal model revisited**, op. cit., passim.

⁵⁴ “Simply put, Rehnquist votes the way he does because he is extremely conservative; Marshall voted the way he did because he is extremely liberal.” (Ibid., p. 86). E mais adiante explicam os autores: “Attitudinalists argue that because legal rules governing decision-making (e.g. precedent, plain meaning) in the cases that come to the Court do not limit discretion; because the justices need not respond to public opinion, Congress, or the President; and because the Supreme Court is the court of last resort, the justices, unlike their lower court colleagues, may freely implement personal policy preferences as the attitudinal model specifies.” (Ibid., p. 111).

⁵⁵ POSNER, **How judges think**, p. 20.

resultado do voto individual de cada um dos *Justices*. Enquanto os cientistas políticos da corrente atitudinal acertaram cerca de 75% dos resultados, o grupo de juristas - calcados na metodologia jurídica - alcançou sucesso em apenas 59,1%. Já em relação aos votos isoladamente, ambas as abordagens tiveram desempenho semelhante: os pesquisadores jurídicos acertaram 67,9% dos votos, ao passo que cientistas políticos acertaram 66,7%.⁵⁶

O interessante dessa pesquisa, conforme anota Gibson, é que o modelo atitudinal alcançou um desempenho nos prognósticos bastante elevados sem valer-se de qualquer informação sobre a argumentação jurídica dos votos, vale dizer, sobre a fundamentação que embasa determinado resultado.⁵⁷

É preciso destacar, porém, a advertência de Gibson, no sentido de que não se trata de um modelo abrangente de compreensão do processo decisório, capaz de ser empregado em qualquer contexto; a metodologia é estritamente projetada para as peculiaridades da Suprema Corte dos Estados Unidos, onde há uma forte polarização dos membros do colegiado entre liberais (*Justices* indicados pelo presidente Democrata) e conservadores (indicados pelo presidente Republicano).⁵⁸

O modelo atitudinal, porém, parte do princípio de que o juiz possui convicções fixas, que irão orientar todo o processo de tomada de decisão. Nesse particular, o modelo legal e o atitudinal convergem ao compartilhar uma visão unidimensional do juiz.

Em decorrência disso, quando deliberando em um colegiado, os juízes agem com o objetivo de fazer com que o resultado de determinado julgamento espelhe suas sinceras opções ideológicas. A abordagem atitudinal parte da hipótese de que os juízes votam sinceramente, ou seja, em conformidade com as suas ideologias individuais, sem se importar tanto com questões estratégicas ou de ordem institucional.

⁵⁶ GIBSON, James L., Judicial institutions, *in*: RHODES, R. A. W.; BINDER, Sarah A.; ROCKMAN, Bert A. (Orgs.), **The Oxford handbook of political institutions**, Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 517.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Ibid.*, p. 516.

Por isso, para essa corrente, as decisões judiciais são reflexos puros da ideologia prevalente em determinada Corte. Compreender a ideologia e as preferências dos componentes do colegiado passa ser uma chave fundamental para se entender o julgamento colegiado.

Naturalmente, o modelo não é isento de críticas.

Primeiramente, diz-se que a grande falha dos teóricos que adotam tal abordagem reside em ignorar o componente jurídico, supondo que este não tenha qualquer relevância no processo decisório. Tal crítica aduz que a metodologia atitudinal emprega meios de prognóstico bastante simplistas; por ser inapta para apreender outros fatores que influem na dinâmica decisória, a abordagem carece de confiabilidade.⁵⁹

Em segundo lugar, critica-se o modelo por ser mais efetivo diante de casos com alta dimensão política ou que adentrem questões em que direito e moral se sobreponham, já que nestes são mais facilmente identificáveis os componentes liberal e conservador (como, por exemplo, casos envolvendo a constitucionalidade da união homoafetiva ou do direito ao aborto).

Para outras situações de menor valência política, a teoria não é suficiente, seja porque ignora as restrições jurídicas impostas à manifestação explícita das preferências políticas e ideológicas do julgador,⁶⁰ seja porque é incapaz de explicar situações em que o juiz contradiz suas preferências pessoais (isto é, quando age estrategicamente). Como parece evidente, a premissa deste modelo é a de que os indivíduos - e, do mesmo modo, os juízes - têm preferências ou ideologias imutáveis.

⁵⁹ “Attitudinalists certainly overstate their case when they deny law’s influence, but they are probably right that law does not constrain judicial behavior in the way normative theory often seems to require. The attitudinal perspective is controversial even among positive scholars for reasons that will be instructive to normative theorists. Many positive scholars believe that the attitudinal account is too simplistic, that it neglects other important forces that also bear upon and influence constitutional judges. For the most part, however, the influences upon which other positive scholars focus are the very sorts of political and institutional features that legal scholars ignore.” (FRIEDMAN, Barry, *The politics of judicial review*, **Texas Law Review**, v. 84, p. 257–337, 2005, p. 272).

⁶⁰ BAUM, Lawrence, **Judges and their audiences: A perspective on judicial behavior**, Princeton: Princeton University Press, 2009, p. 9.

No que interessa para a presente pesquisa, é importante sublinhar como tal premissa teórica tem reflexo no julgamento colegiado.

Ora, na medida em que os membros do colegiado irão votar em suas sinceras preferências, não teriam incentivo para a deliberação, entendida aqui como o processo de interação argumentativa no qual os participantes expõem razões em defesa de determinada posição ou em objeção a propostas aventadas pelos demais. A expectativa deliberativa é de que a questão venha a ser resolvida racionalmente, mediante o reconhecimento dos melhores argumentos, o que pressupõe a predisposição dos participantes em transformar sua opinião e redefinir suas preferências diante de posições reputadas mais convincentes ou acertadas.

Assim, conforme explica Barry Friedman, a abordagem atitudinal acaba por entender que a Corte Suprema decide mediante a agregação dos dispositivos de cada voto, ignorando a interação deliberativa e, por conseguinte, limitando-se a encarar o julgamento colegiado como a mera soma aritmética dos resultados dos votos de cada julgador, ao invés da consideração de seus fundamentos.⁶¹

Com efeito, o modelo atitudinal opera a partir de uma lógica agregativa dos resultados dos votos (dar provimento ou negar provimento, declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma), ignorando, por conseguinte, tanto a dinâmica deliberativa quanto a fundamentação que sustenta a decisão.

É a partir destas críticas dirigidas ao modelo atitudinal que se desenvolve o modelo estratégico e institucional, a seguir examinados.

1.4. O modelo estratégico

⁶¹ Elucida, portanto, Friedman que “treat cases as the mathematical sum of individual votes as to outcome, rather than as statements of what the law is.” (FRIEDMAN, The politics of judicial review, p. 280).

O modelo estratégico, tal como o atitudinal, parte da premissa de que os juízes atuam segundo suas preferências políticas e ideológicas, isto é, proferem decisões de modo a maximizar suas opções individuais.⁶²

Contudo, os proponentes do modelo estratégico entendem que o mero foco nos valores ideológicos do juiz não é suficiente para captar a integralidade do processo decisório.

Diversamente do modelo atitudinal, o modelo estratégico entende que os juízes são atores sociais sofisticados e racionais, que sabem que para fazer prevalecer suas preferências pessoais na dinâmica deliberativa dependerão da interação com outros atores sociais, sejam estes os juízes componentes do colegiado, sejam atores sociais externos à Corte (tal como os demais Poderes, a imprensa ou a opinião pública).

Portanto, tal modelo assume que os juízes são orientados por seus objetivos (sendo a política o objetivo primário), mas agrega-se a esta premissa a noção de que a decisão dos juízes depende da atuação dos outros atores do processo decisório e, ademais, que suas opções são afetadas pelo arranjo institucional no qual estão inseridos.⁶³

Por conseguinte, os juízes passam a ser vistos como atores estratégicos, isto é, personagens que alteram seu comportamento no intento de fazer triunfar suas preferências individuais no julgamento colegiado.⁶⁴ Sendo atores estratégicos, a decisão dos juízes é moldada ou restringida por um conjunto de outros fatores. Especificamente, no processo de tomada de decisão, os juízes levam em conta as preferências de seus pares no colegiado, as orientações dos

⁶² EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack, **The choices justices make**, Washington: CQ Press, 1998, p. 12–14.

⁶³ “Although the primary focus of this book is to demonstrate how the collegial nature of the Court influences justices’ ability to pursue their policy preferences, we recognize that it is not the only constraint that shapes judicial behavior. Other contextual constraints, such as workload capacity and the Court’s calendar, may affect the choices justices make. Because any explanation of behavior that ignores such relevant contextual constraints would be underspecified, it is important for us to recognize and control for such factors.” (MALTZMAN; SPRIGGS II; WAHLBECK, **Crafting law on the Supreme Court**, p. 18).

⁶⁴ “A strategic justice is one who pursues his or her policy preferences within constraints determined by the interdependent nature of decision making on the bench.” (*Ibid.*).

personagens externos à Corte, as normas institucionais que limitam sua liberdade de agir, bem como regras procedimentais que podem afetar a tomada de decisão.⁶⁵

Nesse horizonte, a estratégia para que o juiz consiga alcançar uma decisão que satisfaça suas orientações ideológicas ou políticas depende da obtenção o máximo de informações acerca de cada fator que potencialmente possa interferir no processo de tomada de decisão.

Para uma melhor compreensão, é preciso notar que o modelo estratégico deita raiz no paradigma da escolha racional (*rational choice theory*), particularmente empregado por economistas e cientistas políticos.

Dentro deste paradigma, uma premissa essencial é a de que o agente toma decisões racionais e instrumentalmente voltadas para atingir seus objetivos e interesses – ou seja, para maximizar suas preferências. Uma decisão é reputada racional quando o agente toma uma decisão que satisfaz suas aspirações de forma mais eficiente. Isso significa que, quando um ator escolhe entre vários possíveis caminhos, irá escolher aquele que considera mais plausível e proveitoso para alcançar seus objetivos. O paradigma da decisão racional, ademais, supõe que um agente pode ordenar as várias possibilidades de ação de acordo com suas predileções sobre resultados que espera alcançar. Uma vez que o agente estabelece uma correlação entre ações e resultados, é capaz de comparar os benefícios de cada uma das alternativas e eleger aquela que proporcionará o resultado de forma mais eficiente.⁶⁶

⁶⁵ Veja-se a explicação de Baum a respeito: “This limitation is especially relevant to strategic action by judges. As discussed earlier, most students of judicial behavior now believe that judges engage in a good deal of strategic action. Indeed, scholars increasingly accept a model in which judges are fully strategic in acting on their policy goals. For those reasons it is useful to consider the motivational bases for this model in some detail. One source of the appeal of strategic models is their apparent realism. If judges care about the content of legal policy, then it seems short-sighted or naive for them simply to vote for the alternative that they most prefer in itself. Rather, they should focus on the ultimate consequences of their choices and act to make those consequences as consistent with their preferences as possible. Thus it seems self-evident that judges act strategically to advance their policy goals.” (BAUM, **Judges and their audiences**, p. 14).

⁶⁶ KNIGHT, Jack, **Institutions and social conflict**, Cambridge: Cambridge University Press, 1992, p. 17.

Para dar maior sentido a tal hipótese, é preciso captar objetivos do agente. Com efeito, na maioria das abordagens que adotam como metodologia o modelo estratégico, uma importante premissa é a de que a meta dos *Justices* da Suprema Corte dos Estados Unidos é ver a interpretação a respeito do conteúdo das leis e do texto constitucional refletindo suas posições políticas ou ideológicas.⁶⁷

É verdade, porém, que muitos adeptos do modelo estratégico reconhecem que fazer prevalecer suas inclinações políticas não é o único objetivo dos juízes integrantes das Cortes Supremas.

Há outros objetivos, tal como o de fortalecer e manter a legitimidade da própria Corte. Afinal de contas, antes da Corte tomar decisões formadoras de precedentes e que, portanto, deverão ser observadas por todos, é fundamental que a Corte conserve um desejável nível de respeito e legitimidade.⁶⁸ Porém, para grande parte dos defensores do modelo estratégico, tal legitimidade deve ser compreendida de forma meramente instrumental. Em outras palavras, é apenas um meio para um fim maior: o de se alcançar uma solução para um problema jurídico relacionado à interpretação constitucional que reverbere a inclinação política e ideológica de determinado magistrado.

A outra faceta da postura estratégica é a de que, para que tenha êxito em maximizar suas predileções, o integrante do colegiado deve agir estrategicamente por ocasião de suas escolhas, o que significa ter ciência de que a tomada decisão é um ato interdependente de outras variáveis.

Os membros do colegiado, por exemplo, agem taticamente quando percebem que o sucesso de sua decisão subordina-se às preferências de outros

⁶⁷ Embora a referência diga respeito ao âmbito estadunidense, é plausível investigar o agir estratégico em outros cenários. Na perspectiva da influente linha behaviorista, enfatiza-se o papel dos juízes como “single-minded seekers of legal policy, justices who wish to etch into law their personal views.” (GEORGE, Tracey E.; EPSTEIN, Lee, On the nature of Supreme Court decision making, *American Political Science Review*, v. 86, n. 2, p. 323–337, 1992, p. 325).

⁶⁸ EPSTEIN; KNIGHT, *The choices justices make*, 1998.

atores e às possíveis posturas que estes adotarão (e não apenas de suas próprias preferências e ações, tal como sucede no modelo atitudinal).⁶⁹

Por isso, em determinadas ocasiões, a avaliação estratégica levará os juízes a votar de acordo com suas sinceras preferências. É a hipótese, por exemplo, em que determinado juiz sabe que a maioria ou a integralidade dos membros do colegiado votará de acordo com suas preferências pessoais.

Como não há risco de que o resultado por si desejado seja frustrado (pela existência de uma maioria ou de uma unanimidade em conformidade com sua preferência), basta que vote de forma sincera.

Em outros casos, porém, a avaliação estratégica pode levar determinado juiz a atuar de forma estratégica (isto é, não refletindo sinceramente suas predileções), de modo a evitar o risco de ter a sua preferência rejeitada por seus pares no colegiado em detrimento de outra opção menos desejada.⁷⁰

A fim de tornar mais claro o argumento, tome-se o exemplo de uma Corte Constitucional que enfrenta a questão da constitucionalidade do aborto. Três opções estão em jogo: 1) considerar o aborto inconstitucional em qualquer hipótese; 2) considerar o aborto inconstitucional, exceto na hipótese de violência sexual; ou, por fim, 3) considerar o aborto constitucional em qualquer possibilidade, mas desde que seja realizado nos primeiros três meses de gestação.

⁶⁹ Argumentam os autores que “rational actors understand that they face a number of constraints imposed by the actions of other political actors and by the institutional context in which they act. Justices as strategic actors must take into consideration these constraints as they attempt to introduce their policy preferences into the law.” (MALTZMAN; SPRIGGS II; WAHLBECK, **Crafting law on the Supreme Court**, p. 13).

⁷⁰ É interessante, nessa ordem de reflexão, compreender o emprego na literatura estadunidense dos termos comportamento “sincero” e “estratégico”: “Positive scholars define the distinction in different ways, but in essence it is this: sincere behavior refers to a Justice acting as she would in the absence of any other influence, according to her best personal understanding; strategic behavior involves acting other than sincerely, in order to ensure an ultimate outcome closest to the one the Justice personally prefers. Judges on a collegial court necessarily must moderate their views to achieve consensus, but often they might do more: They might, at times, act in a manner flatly contrary to their sincere views in order ultimately to move the law in the direction they prefer”. (FRIEDMAN, *The politics of judicial review*, p. 282).

Determinado juiz componente do colegiado - em face de uma preferência individual conservadora - tem por ordem de preferência a hipótese 1 (opção mais desejada), seguida da 2 e 3 (opção menos desejada).

Se ele sabe que a Corte está inclinada em sua maioria a optar pela posição 1, que é genuinamente a sua opção favorita, basta votar sinceramente neste sentido. Sua atuação será sincera com suas preferências pessoais.

Por sua vez, se puder antever o contexto decisório da Corte e prever que haverá uma fragmentação no colegiado entre as opções 2 e 3, de nada adianta agir sinceramente e votar isoladamente na posição 1, que certamente não irá prevalecer. Agir estrategicamente significa, portanto, abandonar a posição almejada e aderir a uma posição intermediária, a fim de evitar que o resultado menos desejado acabe prevalecendo. Neste caso, a sinceridade (entendida como vinculação a sua genuína posição pessoal) cede à estratégia.

É oportuno frisar que a postura estratégica não significa simplesmente antecipar as reações e posições internas ao colegiado. Os juízes de uma Corte Suprema - em face do impacto de suas decisões - devem estar atentos às preferências de outros atores políticos e sociais, notadamente os demais Poderes, que podem eventualmente reagir a decisões da Corte.

Logo, pode-se notar que os juízes deparam-se constantemente com decisões estratégicas quando pretendem fazer prevalecer seu entendimento de como as leis ou a Constituição devem ser interpretadas. Para alcançar isso, os juízes devem ter em conta dois conjuntos de regras que regem os dois relacionamentos estratégicos diferentes: as relações internas ao colegiado e as relações entre a Corte e outros atores externos, tais como os demais Poderes, a imprensa, os grupos de interesse e a opinião pública.⁷¹

Seu sucesso em fazer prevalecer determinada posição a respeito da constituição depende, portanto, da sua capacidade de prognosticar as reações desses atores em relação à sua decisão. É nesta importante tarefa de formar expectativas que as instituições sociais e políticas – entendidas como conjuntos

⁷¹ MALTZMAN; SPRIGGS II; WAHLBECK, *Crafting law on the Supreme Court*, p. 17-20.

de regras que estruturam interações sociais de forma particular - desempenham um papel crucial no modelo estratégico.

No que mais interessa à presente pesquisa, o modelo estratégico revela algo que muitas vezes é negligenciado pelas abordagens jurídica e atitudinal: a dinâmica intrainstitucional de uma Corte colegiada⁷² ou, na expressão de Maltzman, Wahlbeck e Spriggs II, o “jogo colegiado”.⁷³

Não se sugere na presente pesquisa, vale ressaltar, que a abordagem estratégica, nos padrões estadunidenses, possa ser transplantada ou empregada de forma pura e sem adaptações para se analisar o julgamento colegiado no Brasil ou em qualquer outro ambiente, notadamente pela diferença de regras constitucionais e procedimentais, bem como pela ausência de uma marcante polarização político-ideológica tal como se passa nos Estados Unidos.

O que se quer ressaltar, em última análise, é que a maior compreensão da natureza colegiada de uma Corte de Precedentes, tal como o STF, e dos mecanismos ou práticas institucionais que viabilizem o emprego de estratégias pelos julgadores (por qualquer ordem de motivação, não apenas política), pode, por via de consequência, aprofundar a compreensão da dinâmica das decisões colegiadas. É plausível supor que muitas práticas negligenciadas pelos estudiosos da atuação do Poder Judiciário - certamente por supô-las neutras ou irrelevantes -, se mais profundamente examinadas, poderiam revelar aspectos significantes da operação do STF.⁷⁴

⁷² FRIEDMAN, The politics of judicial review, p. 280.

⁷³ Embora tratem da dinâmica colegial da Suprema Corte estadunidense, o objetivo dos autores é demonstrar “how the Court’s collegial character affects the development of the law”. (MALTZMAN; SPRIGGS II; WAHLBECK, **Crafting law on the Supreme Court**, p. 18).

⁷⁴ Uma das estratégias mais comuns no STF, por exemplo, é aquela a respeito de quando decidir um caso. Tal faculdade pode ser exercida pelo Ministro relator, que pode levar mais ou menos tempo para preparar o caso para julgamento; por alguns dos Ministros, que pode pedir vista dos autos durante o julgamento e não o devolver no prazo regimental ou, ainda, do Presidente, quando da decisão sobre a inclusão do feito em pauta de julgamento. Ainda que não tenha origem em preferências políticas, tais condutas podem sinalizar a ação estratégica do julgador, seja para acelerar ou retardar o julgamento de um caso. Exemplo interessante é a ADI 4650, que questiona o financiamento de campanhas. A maioria dos Ministros (6 contra 1) votou pela inconstitucionalidade da norma. Porém, o julgamento foi interrompido pelo pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes, que se delongou por mais de

1.5. O modelo institucionalista

O modelo institucionalista surge como uma reação ao reducionismo proporcionado pelas abordagens atitudinal e estratégica - cujas análises ainda se centram exclusivamente nos sujeitos que atuam na deliberação colegiada, estejam estes orientados por suas predileções políticas, ideológicas ou por escolhas racionais.⁷⁵

Os teóricos institucionalistas assumem a premissa de que atuação dos juízes é afetada pelos atributos institucionais da Corte em que estão inseridos - o que difere da abordagem estratégica, em que o foco, como visto, é justamente como a Corte é afetada pelas preferências pessoais de cada juiz.

Seu ponto de partida coincide com um vital predicado institucional das Cortes Supremas que as teorias da decisão judicial permanecem quase indiferentes: são instituições organizadas sob a configuração de órgãos colegiados.⁷⁶

Em sentido diverso, as abordagens fundadas na teoria da escolha racional, tal como a estratégica, entendem que os atores usam as instituições para satisfazer suas preferências individuais. Porém, enfrentam restrições em função das normas e práticas fornecidas pelo ambiente institucional. Portanto, sob o enfoque estratégico, as instituições, tal como uma Corte Suprema, não são encaradas como entes dotados de um propósito no cenário político, de uma missão institucional que é incorporada por seus integrantes, mas sim - e de forma simplista - como um arranjo institucional (composto de regras, práticas e interações) que cria restrições à livre fluência das opções pessoais, ideológicas e políticas dos agentes (e dos magistrados, por conseguinte).

um ano, extrapolando o prazo regimental. A postura individual, independentemente de suas motivações, bloqueia o agir do colegiado.

⁷⁵ CLAYTON, Cornell W.; GILLMAN, Howard, **Supreme Court decision-making: new institutionalist approaches**, Chicago: University of Chicago Press, 1999, p. 74.

⁷⁶ POSNER, Richard A., **The federal courts: challenge and reform**, Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 347-348.

Por isso, os adeptos da teoria estratégica estudam o agir do juiz constitucional como se estes atuassem taticamente dirigidos a maximizar suas predileções num cenário de potencial conflito com outros agentes racionais.

Daí a crítica dos institucionalistas endereçadas aos teóricos de matriz estratégica no sentido de que estes, ao reduzirem a compreensão institucional à mera análise das regras que restringem e orientam decisões estratégicas, acabam adotando explicações insubsistentes e que deixam de captar uma perspectiva mais ampla do real funcionamento e propósito de uma Corte Constitucional.

Ora, primeiramente, as explicações outorgadas pelos adeptos do modelo estratégico são insuficientemente abrangentes, na medida em que fracassam em explicar importantes aspectos das instituições, tal como a possibilidade de que as normas institucionais conformem as predileções dos juízes e, ademais, que a missão institucional possa inspirar nos julgadores a motivação pelos deveres e responsabilidades profissionais (suplantando, assim, o impulso por maximizar interesses egoísticos).

Em segundo, tal perspectiva tende a compreender como estratégica qualquer ação tomada na presença de restrições institucionais. Assim, se a Corte toma uma decisão respeitando um precedente, o adepto da abordagem estratégica poderia entender que a maioria do colegiado tinha suas preferências pessoais compatíveis com o precedente e, por isso, optou por respeitá-lo. Se a escolha da maioria fosse distinta, o precedente configuraria um aspecto institucional de restrição à orientação estratégica.⁷⁷

Por isso, um dos expoentes do modelo institucionalista, Howard Gillman, explica que a abordagem estratégica apenas consegue enfatizar certos aspectos que viabilizam um agir estratégico em determinado ambiente. Se, por um lado, tal enfoque permite aprofundar a compreensão a respeito de situações que podem levar alguém a agir de forma inconsistente com suas predileções (isto é, taticamente), por outro, deixa inexplorada a ampla gama de efeitos que

⁷⁷ Para uma discussão sobre o assunto, v.: KNIGHT, Jack; EPSTEIN, Lee, The norm of stare decisis, *American Journal of Political Science*, p. 1018–1035, 1996.

a instituição gera no processo decisório, tal como a possibilidade de que a instituição instigue em seus afiliados o interesse em perseguir uma missão institucional mais ampla, que não se coaduna com o mero interesse egoístico.⁷⁸

Logo, para esta corrente, as instituições são, elas próprias, protagonistas e não apenas arenas para a ação tática dos indivíduos isoladamente. Howard Gillman assinala o crescente consenso sobre as vantagens de se tratar as Cortes como instituições, ao invés de meras plataformas para exposição de preferências pessoais.⁷⁹

Dentro desta perspectiva, as instituições moldam interesses e predileções, o que significa que uma abordagem institucional tem algo a mais a dizer sobre a análise do poder e o funcionamento de uma Corte Constitucional.

Nessa ordem de ideias, Gillman argumenta que o que faz possível diferenciar-se uma Corte Suprema de outra instituição qualquer não é unicamente o terreno estratégico onde seus atores atuam, mas, ao invés disso, a missão distintiva desta instituição e a noção de como a manutenção deste propósito, inevitavelmente em evolução, interage com outros elementos em determinada configuração social.⁸⁰

As instituições são fundamentais para as explicações de ordem política como sendo um produto de estruturas arraigadas, rotinas e práticas que refletem a experiência histórica e padrões de confiança. Conforme explica Gibson, a hipótese do institucionalismo é simples: “As instituições importam. Como conjuntos de normas formais e informais, as instituições prescrevem e proíbem comportamentos.”⁸¹

Assim, os juízes de uma Corte Suprema devem ser encarados como encarregados de uma missão institucional e que este senso de identidade gera

⁷⁸ CLAYTON; GILLMAN, *Supreme Court decision-making*, p. 67.

⁷⁹ GILLMAN, Howard, The new institutionalism, part I: more and less than strategy: some advantages to interpretive institutionalism in the analysis of judicial politics, *Law and Courts*, v. 7, p. 6–11, 1997, p. 6.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 7.

⁸¹ No original: “Institutions matter. As collections of formal and informal norms, institutions prescribe and proscribe behaviors.” (GIBSON, *Judicial institutions*, p. 523).

motivações em relação aos seus deveres institucionais e responsabilidades profissionais.⁸²

Ainda que se possam identificar distintas posturas dentro da abordagem institucionalista, cabe por ora destacar aquela que é denominada de institucionalismo histórico ou interpretativo, em oposição ao institucionalismo estratégico (também denominado “*positive theory of institutions*”).

O institucionalismo histórico tem a importância de enfatizar o poder constitutivo da missão institucional e das normas e práticas institucionais que viabilizam e restringem a atuação dos juízes.⁸³

Por missão institucional, entenda-se o reconhecido propósito ou um objetivo normativo compartilhado que, em determinado contexto e momento histórico, torna-se rotineiro dentro de uma determinada instituição em decorrência do esforço e comprometimento dos seus membros.⁸⁴

Segundo tal ponto de vista, as regras e as normas institucionais não são externas aos atores; elas são internalizadas e indicativas dos entendimentos, aspirações e escolhas dos juízes. Com efeito, as instituições, de uma forma bastante complexa, modelam as próprias identidades e interesses dos juízes.

Daí porque Gillman sustentar que os juízes são profundamente influenciados pelo cenário institucional em que se encontram inseridos.⁸⁵

Harry Edwards, do mesmo modo, compreende que uma Corte, enquanto instituição, é constituída de um objetivo de ordem jurídica, que é a de preservar o respeito ao princípio do Estado de Direito e aos precedentes judiciais. Sob o seu enfoque, muito da interação que sucede na dinâmica

⁸² É o que explica Skowronek: “Different institutions may give more or less play to individual interests, but the distinctive criteria of institutional action are official duty and legitimate authority. Called upon to account for their actions or to explain their decisions, incumbents have no recourse but to repair to their job descriptions. This, institutions do not simply constrain or channel the actions of self-interested individuals, they prescribe actions, construct motives, and assert legitimacy. That indeed is how institutions perpetuate the objectives or purposes instilled in them at their founding; that is what lies at the heart of their staying power.” SKOWRONEK, Stephen, *Order and change*, **Polity**, p. 91–96, 1995, p. 94.

⁸³ CLAYTON; GILLMAN, **Supreme Court decision-making**, p. 79.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ GILLMAN, *The new institutionalism*, part I, p. 7.

deliberativa das Cortes representa um esforço em dar unidade ao direito por meio de uma decisão que a maioria do colegiado compartilhe.⁸⁶

Portanto, com a finalidade de compreender o comportamento judicial, é preciso antes entender a missão e o ambiente institucional em que os juízes estão inseridos.⁸⁷ Ainda de acordo com o modelo institucionalista, rotinas, práticas e procedimentos relativos à dinâmica operacional de determinada Corte têm fundamental reflexo no processo decisório.

Tomando-se como exemplo o direito norte-americano, isto envolve, por exemplo, as regras e as práticas para seleção de casos a serem julgados, a designação do membro do colegiado que será investido na função de redator da decisão judicial pelo *Chief Justice*, a sessão de deliberação na qual os juízes discutem a respeito do caso e a existência de precedentes a serem observados.⁸⁸

Segundo Howard Gillman, por estarem inseridos em uma Corte Constitucional, espera-se que os juízes deliberem a respeito de como manter sua legitimidade institucional e de suas decisões, conformando sua missão institucional de acordo com as mudanças históricas e com o comportamento de outras instituições e grupos. É isso o que inspirou, por exemplo, os *Justices* da Suprema Corte dos Estados Unidos a unir esforços para produzir julgamentos unânimes em casos profundamente polêmicos, tal como *Brown v. Board Education* ou *Cooper v. Aaron*.⁸⁹

Indo mais além, Edwards compreende que a colegialidade ocupa um papel importante para enraizar a ideia de um propósito institucional compartilhado entre os membros de Corte.⁹⁰ Uma missão institucional “pode encontrar expressão no conjunto de estruturas, procedimentos, regras e

⁸⁶ EDWARDS, The effects of collegiality on judicial decision making, *passim*.

⁸⁷ CLAYTON; GILLMAN, **Supreme Court decision-making**, p. 80.

⁸⁸ Conforme Edwards anota, “judges have cited collegiality in support of adherence to circuit precedent and the principle of stare decisis.” (EDWARDS, The effects of collegiality on judicial decision making, p. 1680).

⁸⁹ CLAYTON; GILLMAN, **Supreme Court decision-making**, p. 81.

⁹⁰ EDWARDS, The effects of collegiality on judicial decision making, p. 1664.

costumes que caracterizam a experiência de estar associado a uma instituição em particular.”⁹¹

Edwards elucida que tais práticas, regras e procedimentos internos são promulgados e ratificados pelos próprios membros do Corte, de sorte que os magistrados têm legítimo interesse em cumpri-los. A implicação disso é o aprimoramento recíproco que se dá entre colegialidade e regras internas lealmente compartilhadas. Segundo o autor norte-americano, as regras e procedimentos internos facilitam a cooperação entre os juízes e outorgam sentido às interações quotidianas.⁹²

Ainda neste contexto, Edwards habilmente conecta as noções de práticas e regras internas da Corte, colegialidade e deliberação. Sob sua perspectiva, a deliberação é o mais relevante componente da colegialidade.

Examinando o exemplo da Corte da qual é o *Chief Justice*, Edwards entende que as regras que estruturam a deliberação garantem que o colegiado atue efetivamente como um grupo coeso, de forma profissional e ordenada. Para ele, colegialidade não consiste em conversa banal, espontânea, sem qualquer propósito, mas sim “deliberação ordenada em que todas as opiniões são ouvidas e consideradas para satisfação de cada juiz.”⁹³

Adotando raciocínio semelhante, Farber e Sherry reforçam a ideia de que a deliberação judicial pode, ao longo do tempo, modelar o caráter dos membros do colegiado. Com efeito, a participação em uma Corte deliberativa e marcada pela colegialidade pode instigar justamente tais predicados no julgador. Logo, o processo de deliberação em grupo pode servir para tornar o

⁹¹ GILLMAN, The new institutionalism, part I, p. 8.

⁹² “These rules are normally promulgated by the members of a court, so the judges have a real stake in their enforcement. The consequence is a cross-fertilizing effect between collegiality and internal rules. Collegiality fosters the promulgation of institutional rules, and the presence of these rules promotes collegiality. (...) internal operating rules and procedures facilitate cooperation among judges and infuse quotidian interactions with a sense of shared purpose.” (EDWARDS, The effects of collegiality on judicial decision making, p. 1664).

⁹³ E na sequência o autor explica como as regras internas daquela Corte servem para organizar a deliberação e estimular a noção de colegialidade entre os membros de colegiado. (*Ibid.*, p. 1665–1666).

juiz julgador mais aberto e reflexivo para ponderar e incorporar diferentes pontos de vista.⁹⁴

Demais disso, e como um ponto fundamental para a presente pesquisa, a perspectiva institucionalista traz luz à reflexão sobre a teoria normativa subjacente ao julgamento colegiado. A abordagem institucionalista informa que a posição do magistrado que redige o voto majoritário atua não em nome próprio, mas sim em nome da Corte. Sua função é, portanto, de ser o transmissor da vontade institucional. Paul Kahn, por exemplo, afirma que os *Justices* não são autores da decisão, mas apenas anunciam a “*opinion of the Court*”; já nas hipóteses em que optam por se manifestarem isoladamente, por expor a sua vontade individual – num voto dissidente, por exemplo – seu ato é destituído de autoridade.⁹⁵ Isso revela que uma Corte não merece ser entendida como uma plataforma em que as posições isoladamente formadas (de cada juiz) são meramente agregadas e divulgadas. Em face de seu papel protagonista, é a Corte quem merece transmitir seu posicionamento institucional, sobrepondo-se, deste modo, à vontade de seus membros.

Desse modo, bem analisadas as coisas, a abordagem institucionalista, quando transportada para o julgamento colegiado, permite a segregação entre dois elementos: os membros da Corte e a Corte enquanto instituição. Esta separação, por sua vez, fornece uma significativa ligação entre a Corte e a ideia de Estado de Direito (“rule of law”). Ora, na medida em que os precedentes judiciais dão unidade ao direito e que a decisão colegiada majoritária tem o efeito de operar a despersonalização⁹⁶ (ou seja, de desconectar a Corte dos

⁹⁴ FARBER, Daniel A.; SHERRY, Suzanna, **Judgment calls: Principle and politics in Constitutional Law**, New York: Oxford University Press, 2009, p. 91.

⁹⁵ “The Justices of the Supreme Court, for example, do not *author*, but only *announce*, the opinions of the Court. When they speak in their own voice, they are without authority - i.e., they are usually writing a dissent.” (KAHN, Paul W, **The cultural study of law: reconstructing legal scholarship**, Chicago: University of Chicago Press, 1999, p. 80).

⁹⁶ Ilustrando tal noção, a recentemente aposentada Justice da Suprema Corte, Sandra O’Connor, relembra o antigo cânone do código de ética judicial que demandava a contenção do individualismo em nome da lealdade à Corte: “It is of high importance that judges constituting a court of last resort should use effort and self-restraint to promote solidarity of conclusion and the consequent influence of judicial decision. A judge should not yield to pride of opinion or value more highly his individual reputation than that of the court to

juízes que a integram), decorre daí que é a Corte quem representa a “*rule of law*” (e não a “*rule of a man*”). Dando conta dessa ideia, Paul Kahn argumenta que, a partir do momento que a decisão é proclamada, ela incorpora a vontade institucional e se torna um precedente a ser obedecido por todos. Logo, tanto a parte adversa quanto eventuais dissidentes devem obediência à decisão ainda que dela discordem. Por isso, como enfatiza Kahn, após proferido o julgamento colegiado, falhar em seguir o precedente em si da ensejo a uma “*rule of men*”, ao invés da prevalência da “*rule of law*”.⁹⁷

Se isso é verdade, uma teoria normativa do julgamento colegiado que genuinamente pretenda fundar-se em tal lógica entende que a Corte é o agente responsável pela decisão (e não os seus membros).⁹⁸ Devido a isso, deve-se compreender o esforço colegiado e ao mesmo tempo a voz institucional, sempre que se quiser conceber decisões com força de precedente. Essa despersonalização, com bem obtempera Edwards, não significa a supressão do dissenso. Uma Corte pautada pela colegialidade e que leva a sério a perspectiva institucional não permite que o dissenso seja a mera manifestação das idiossincrasias e egocentrismos de um juiz solista, mas busca empregar o desacordo como estímulo para aprimorar a decisão da institucional.⁹⁹

Portanto, da abordagem institucional extrai-se importantes conclusões para o presente estudo.

Em primeiro, tal perspectiva proporciona a compreensão de que uma Corte Suprema, enquanto instituição constituída de uma missão, de regras,

which he should be loyal. Except in case of conscientious difference of opinion on fundamental principle, dissenting opinions should be discouraged in courts of last resort.” (O’CONNOR, Sandra Day, **The majesty of the law: Reflections of a Supreme Court Justice**, New York: Random House, 2003, p. 116).

⁹⁷ KAHN, **The cultural study of law**, p. 68.

⁹⁸ “As in a team enterprise, collegial enterprise involves a shift in the agency of performance from the individual to the group.” (KORNHAUSER; SAGER, *The one and the many*, p. 5).

⁹⁹ V., por exemplo, EDWARDS, *The effects of collegiality on judicial decision making*, p. 1643–1646.

procedimentos e práticas, conforma a identidade e os interesses de seus integrantes.¹⁰⁰

Em segundo lugar, este modelo de compreensão do processo decisório enfatiza que o mais importante predicado institucional de uma Corte é justamente a colegialidade, que orienta a conduta dos magistrados no processo de tomada coletiva de decisões.¹⁰¹

Porém, a colegialidade não é aqui percebida como a mera restrição ao comportamento estratégico, mas como a experiência de deveres decorrentes da responsabilidade profissional, como o compartilhamento de um propósito, a preocupação com a manutenção da autoridade e da legitimidade institucional e a vivência numa rotina institucional.¹⁰²

Simultaneamente, os institucionalistas estabelecem uma fundamental conexão entre colegialidade e deliberação, como forma de fazer preservar a missão institucional de uma Corte e evitar desvios ou arbitrariedades no âmbito do processo decisório.

Ainda que sob outro viés, Conrado Hübner Mendes estabelece um liame semelhante ao destacar que cada instituição tem uma tarefa epistêmica; ou seja, uma missão a ser cumprida da melhor maneira possível à luz da função institucional que lhe é atribuída. Sendo o objetivo de uma Corte Suprema o de outorgar sentido ao direito, uma maneira de localizar a deliberação dentro desta empreitada institucional é compreendendo-a como um modelo procedimental para a tomada de decisões.

A deliberação serve como um instrumento para que a Corte consiga cumprir sua missão institucional, alcançando sua tarefa epistêmica.¹⁰³ Em

¹⁰⁰ Raciocínio que se poderia aplicar a qualquer órgão judicial colegiado.

¹⁰¹ MALTZMAN, Forrest; SPRIGGS II, James F.; WAHLBECK, Paul J., *Strategy and judicial choice: new institutionalist approaches to Supreme Court decision-making*, **Supreme Court decision-making: New institutionalist approaches**, p. 43, 1999, p. 51.

¹⁰² GILLMAN, *The new institutionalism*, part I, p. 7.

¹⁰³ “The primary inquiry of design concerns the definition of the institutional purpose. Every institution, to use the language conventionalized earlier, has an epistemic task, understood as a burden to discharge the best possible decision in the light of that assigned function.” (MENDES, **Constitutional courts and deliberative democracy**, p. 43–44).

outras palavras, numa Corte colegiada, a mais abrangente missão é a de construir coletivamente a melhor resposta para as questões que lhe são submetidas.¹⁰⁴

Por conseguinte, a importância de que as regras internas da Corte sejam criadas de modo a estruturar um ambiente propício à deliberação e ao alcance de sua missão institucional.

Kornhauser e Sager, ainda que não se filiem a qualquer dos modelos antes analisados, compreendem a mecânica decisória de uma Corte Suprema como um empreendimento colegiado, isto é, um agir coletivo em que a colaboração e a deliberação são as características institucionais essenciais, sendo seu objetivo o de coordenar esforços para se alcançar a melhor resposta ou o melhor resultado sobre determinado objetivo.

Partindo desta premissa, seria possível tanto para teóricos filiados ao realismo jurídico quanto para os estratégicos compartilhar com os defensores do modelo jurídico, primeiramente, a visão de que as Cortes envolvem-se num empreendimento coletivo; em segundo, que é algo profundamente relevante perseguir decisões de melhor qualidade; finalmente, que é desejável que o Poder Judiciário seja estruturado para potencializar a busca por resultados corretos. Com isso, Kornhauser e Sager demonstraram que um importante aspecto institucional - o procedimento de tomada de decisão e o mecanismo de construção da decisão colegiada - tem significativo impacto no desenvolvimento do direito.¹⁰⁵

Por fim, e mais importante, a perspectiva institucionalista lança luzes no entendimento que se tem do julgamento colegiado, permitindo mensurar as vantagens de se compreender a Corte como uma instituição, como um agente que não se confunde com o seus componentes, como um protagonista dotado de uma missão no contexto jurídico-constitucional e cuja atuação tem pretensão

¹⁰⁴ EDWARDS, The effects of collegiality on judicial decision making, p. 1649.

¹⁰⁵ O assunto será tratado no Capítulo 4. Para maior aprofundamento, v.: KORNHAUSER; SAGER, The one and the many; KORNHAUSER, Lewis A., Modeling Collegial Courts. II. Legal Doctrine, **Journal of Law, Economics, & Organization**, v. 8, n. 3, p. 441-470, 1992.

de perenidade. Sob este enfoque, a sorte dos julgamentos de uma Corte não pode ser relegada ao entendimento, à predileção, ao capricho e as idiossincrasias de seus membros em dado momento histórico.

Por conta disso, a contribuição do modelo institucionalista reside não apenas em estabelecer um significativo elo entre a deliberação - enquanto atributo do procedimento decisório - e os predicados institucionais de uma Corte Suprema (isto é, a sua missão, suas regras procedimentais e regimentais e a relevância da colegialidade dentro de cada arranjo decisório), mas também por provocar a reflexão sobre a teoria normativa que subjaz ao julgamento colegiado.¹⁰⁶

¹⁰⁶ O tema será retomado numa perspectiva mais específica no Cap. 5, quando se examina o STF.

2. DELIBERAÇÃO E COLEGIALIDADE

“...no individuals may possess authority on the basis of anything other than a good argument”
107

2.1. Introdução

Antes de examinar as dinâmicas deliberativas e como certas regras internas e práticas são determinantes deste desempenho, é fundamental resgatar algumas ideias concernentes à noção de deliberação e colegialidade. Para tanto, emprega-se aqui algumas contribuições da teoria da democracia deliberativa, uma vez que este ideal normativo enfatiza a participação discursiva como forma de se alcançar melhores resultados em decisões de interesse público.

Não se pretende neste estudo, deixe-se logo claro, tratar de questões específicas concernentes à temática da democracia deliberativa, mas sim de descrever como determinadas noções teóricas referentes ao ideal deliberativo servem para descrever como as Cortes Supremas deveriam funcionar, a fim de produzir melhores decisões e assegurar sua legitimidade institucional.¹⁰⁸

Em verdade, o interesse em examinar esta perspectiva dá-se porque certos teóricos compreendem que “as cortes configurariam *fóruns deliberativos* singulares.” Ou seja, “espaços que privilegiam o argumento à contagem de votos, foros decisórios que se caracterizam, essencialmente, pelo esforço de persuadir e a abertura a ser persuadido por meio de razões imparciais.”¹⁰⁹

O tema a ser examinado, como se verá adiante, conecta-se e complementa em certa medida algumas noções desenvolvidas no capítulo

¹⁰⁷ DRYZEK, John S., **Discursive democracy: Politics, Policy, and Political Science**, Cambridge: Cambridge University Press, [s.d.], p. 41.

¹⁰⁸ FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale, Constitutional adjudication: lessons from Europe, **Texas Law Review**, v. 82, p. 1671–1704, 2003; DA SILVA, Virgílio Afonso, Deciding without deliberating, **International Journal of Constitutional Law**, v. 11, n. 3, p. 557–584, 2013.

¹⁰⁹ MENDES, O projeto de uma corte deliberativa, op. cit., p. 54.

anterior, quando se tratou do modelo de compreensão processo decisório institucional e sublinhou-se a noção de colegialidade como um elemento essencial na técnica do julgamento colegiado.

2.2 Noções sobre deliberação na teoria democrática

A noção de democracia deliberativa orbita em torno da valorização do “momento comunicativo e dialógico que se instaura quando governantes e cidadãos procuram justificar seus pontos de vista sobre questões de interesse público.”¹¹⁰

Trata-se, pois, de um modelo de tomada de decisão no qual os cidadãos livres e iguais (ou seus representantes) justificam suas opções e pontos de vista mediante um procedimento marcado pelo intercâmbio de razões mutualmente aceitáveis e compreensíveis. Porém, a decisão tomada mediante tal procedimento não encerra as possibilidades de rediscussão do tema. A democracia deliberativa permite que o tema objeto de dada decisão seja futuramente desafiado em novas rodadas discursivas.¹¹¹

Como facilmente se percebe, no núcleo da noção de democracia deliberativa reside a ideia de que, quando pessoas livres e iguais reúnem-se para decidir questões de interesse público conjuntamente, justificando suas razões publicamente com base em princípios comumente aceitos, a decisão política resultante tende, de um modo geral, a ser melhor e de maior aceitação pelos participantes na deliberação.¹¹²

¹¹⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 86.

¹¹¹ MENDES, *Constitutional courts and deliberative democracy*, p. 14–15.

¹¹² “A legitimidade das decisões estatais decorre não só de terem sido aprovadas pela maioria, mas também de terem resultado de um amplo debate público em que foram fornecidas razões para decidir. É nesse debate que as diversas posições, defendidas pelas mais variadas doutrinas filosóficas, morais e religiosas, se confrontam, e, na busca por uma adesão que vá além de seu círculo de adeptos, procuram se sustentar em argumentos centrados no campo do que é amplamente compartilhado. O debate público possui, por isso, um potencial legitimador e racionalizador.” (SOUZA NETO, op. cit., p. 86-87)

Amy Gutmann e Dennis Thompson destacam que a mais importante característica da democracia deliberativa é o pressuposto de que sejam expostas as razões a partir das quais as decisões são tomadas (*reason-giving requirement*).¹¹³

Desta forma, a democracia deliberativa ressalta a necessidade de que as decisões tomadas pelos cidadãos ou por seus representantes devam ser justificadas publicamente (assentando a ideia de participação discursiva). Espera-se, por exemplo, que estes justifiquem as leis que promulgam ou as políticas adotadas na busca do interesse comum. Numa democracia, por conseguinte, os líderes e representantes políticos devem expor as razões de suas decisões e demonstrar responsividade no tocante aos questionamentos formulados pelos cidadãos.¹¹⁴

Em verdade, mais do que uma forma de fazer política, a democracia, na vertente deliberativa, revela-se uma estrutura das condições sociais, procedimentais e institucionais que facilitam a livre discussão entre as pessoas, provendo condições favoráveis para a participação pública e a franca manifestação de ideias.

Sob este prisma, um dos principais ideais normativos da teoria deliberativa orbita em torno da transformação pela via discursiva, ao invés de pela simples agregação de preferências.¹¹⁵

O ideal deliberativo, em contraposição aos procedimentos de agregação pura de preferências, informa a necessidade de que as preferências ventiladas num processo de tomada de decisão sejam devidamente justificadas.¹¹⁶

¹¹³ GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. **Why deliberative democracy?** Princeton University Press, 2009, p. 3.

¹¹⁴ Id.

¹¹⁵ ELSTER, John. Introduction. In: _____ (Ed.). **Deliberative democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 1.

¹¹⁶ “The deliberative conception, as we have indicated, considers the reasons that citizens and their representatives give for their expressed preferences. It asks for justifications. The aggregative conception, by contrast, takes the preferences as given (though some versions would correct preferences based on misinformation). It requires no justification for the preferences themselves, but seeks only to combine them in various ways that are efficient

Embora a abordagem pareça singela, não há aceitação universal a respeito da definição de democracia deliberativa. Por isso, para facilitar uma aproximação da compreensão desejada, cabe realçar alguns qualificativos que dão corpo ao conceito.

O primeiro atributo da democracia deliberativa é a importância da incorporação do público no processo de tomada de decisão.¹¹⁷

Uma democracia fundada na deliberação exige que as pessoas sejam tratadas não como meros objetos das decisões do Estado - sejam legislativas, políticas ou judiciais. Vale dizer: os cidadãos não devem ser vistos como sujeitos passivos de uma determinada forma de exercício de poder, mas como agentes autônomos que devem tomar parte na tomada de decisão, seja diretamente, seja por meio de seus representantes.

Aplicando-se esta noção às Cortes Supremas, pode-se compreender que, para que estas incorporem efetivamente o ideal deliberativo - tal como certos teóricos supõe -, é preciso que os procedimentos e as decisões judiciais demonstrem respeito aos membros da sociedade e aos seus múltiplos pontos de vista e, ademais, que as decisões sejam satisfatoriamente fundamentadas, de modo a permitir a compreensão por todos.

Trata-se da celebração do respeito mútuo orientado pela inclusão e pela civilidade entre os cidadãos como fonte de legitimidade das decisões tomadas numa dada comunidade política. Como elucida Simone Chambers, uma ordem política é legítima quando possa ser justificada indistintamente para todos aqueles que vivem sob sua égide.¹¹⁸

and fair. Some preferences may be discounted or even rejected, but only because they do not produce an optimal result, not because they are not justified by reasons.” (GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. **Why deliberative democracy?** Princeton University Press, 2009, p. 13).

¹¹⁷ GASTIL, John, **Political communication and deliberation**, Thousand Oaks: Sage Publications, 2008, p. 8.

¹¹⁸ “A legitimate political order is one that could be justified to all those living under its laws. Thus, accountability is primarily understood in terms of ”giving an account“ of something; that is, publicly articulating, explaining, and most importantly justifying public policy.” (CHAMBERS, Simone, Deliberative democracy theory, **Annual Review of Political Science**, v. 6, n. 1, p. 307–326, 2003, p. 308).

Sob este enfoque, aqueles que estão submetidos às decisões estatais (abrangendo as judiciais) devem sentir-se não como meros sujeitos submetidos a julgamentos e ordens de um sistema incompreensível e inacessível. Muito pelo contrário, devem compreender-se como efetivos participantes do processo de tomada de decisão ou, ao menos, respeitados em seus desacordos.

É o que, conforme se verá mais adiante, Conrado Hübner Mendes aponta como a promessa psicológica da deliberação: aqueles que participam da deliberação em geral sentem-se mais respeitados e incluídos numa comunidade de iguais onde prepondera o respeito pelos desacordos que muitas vezes perseveram inconciliáveis ainda que submetidos à deliberação.¹¹⁹

Um segundo princípio da democracia deliberativa diz respeito à natureza da deliberação. Num regime verdadeiramente deliberativo, os participantes devem estar numa posição de igualdade, de sorte tal que tenham condições de expressar suas posições e que seus argumentos sejam adequados e igualmente considerados pelos demais.¹²⁰

Ao mesmo tempo, estes participantes devem estar abertos ao franco debate, bem como aos fatos, argumentos e propostas apresentadas pelos demais participantes, além de compartilhar uma predisposição geral a se aprimorar em decorrência do intercâmbio havido com os demais concidadãos.¹²¹

¹¹⁹ MENDES, *Constitutional courts and deliberative democracy*, p. 31–32.

¹²⁰ “The notion of a deliberative democracy is rooted in the intuitive ideal of a democratic association in which the justification of the terms and conditions of association proceeds through public argument and reasoning among equal citizens. Citizens in such an order share a commitment to the resolution of problems of collective choice through public reasoning, and regard their basic institutions as legitimate insofar as they establish the framework for free public deliberation.” COHEN, Joshua, *Deliberation and democratic legitimacy*, in: PETTIT, Philip; HAMLIN, Alan (Orgs.), **The good polity: normative analysis of the State**, Oxford: Basil Blackwell, 1989, p. 21.

¹²¹ “Generally speaking, we can say that deliberation is debate and discussion aimed at producing reasonable, well-informed opinions in which participants are willing to revise preferences in light of discussion, new information, and claims made by fellow participants. Although consensus need not be the ultimate aim of deliberation, and participants are expected to pursue their interests, an overarching interest in the legitimacy of outcomes (understood as justification to all affected) ideally characterizes deliberation.” (CHAMBERS, *Deliberative democracy theory*, p. 308).

Daí porque Mark Lindeman conceitua deliberação como o “processo cognitivo em que indivíduos forma, alteram, ou reforçam suas opiniões enquanto pesam as provas e argumentos de vários outros pontos de vista”,¹²² ao passo que para Gundersen a deliberação democrática sucede “sempre que um cidadão justifica ativamente seus pontos de vista (até para si mesmo) ou os defende quando desafiados (até por si mesmo).”¹²³

Os envolvidos na deliberação, nessa linha de entendimento, não devem possuir preferências imutáveis. Não devem estar inflexíveis quanto à possibilidade de abdicar de sua posição originária. Suas preferências políticas e ideológicas não podem ser tão rígidas e invariáveis a ponto de que não possam sequer considerar pontos de vista discrepantes. Com efeito, aqueles que participam de uma empreitada deliberativa devem estar dispostos a considerar seriamente os pontos de vista conflitantes e incorporá-los em sua visão de mundo, ainda que não concordem integralmente com determinadas posições.

O ideal deliberativo pressupõe, dessa maneira, como seu núcleo fundamental, um processo pelo qual os indivíduos, ao longo do procedimento de discussão coletiva, sopesem de forma sincera os argumentos que concorrem ou colidem com o seu ponto de vista.¹²⁴

Por fim, um terceiro princípio concernente à democracia deliberativa diz respeito à justificativa das decisões. Segundo tal postulado, aqueles que tomam uma decisão devem apresentar satisfatória e publicamente as razões que lhe são subjacentes.¹²⁵

¹²² LINDEMAN, Mark, Opinion quality and policy preferences in deliberative research, *in*: DELLI CARPINI, Michael X. Delli; SHAPIRO, Robert; HUDDY, Leonie (Orgs.), **Research in micropolitics: Political decision making, deliberation and participation**, Greenwich: JAI Press, 2002, v. 6, p. 199.

¹²³ GUNDERSEN, Adolf G., **The environmental promise of democratic deliberation**, Madison: The University of Wisconsin Press, 1995, p. 199.

¹²⁴ FISHKIN, When the people speak: Deliberative democracy and public consultation, *op. cit.*, p. 33.

¹²⁵ “Deliberation is reasoned in that the parties to it are required to state their reasons for advancing proposals, supporting them or criticizing them. They give reasons with the expectation that those reasons (and not, for example, their power) will settle the fate of their proposal. (...) Reasons are offered with the aim of bringing others to accept the proposal, given their disparate ends (D3) and their commitment (D2) to settling the conditions of their

É o que ilustra Jon Elster ao afirmar que a democracia deliberativa depende da argumentação, não só no sentido de que ela decorre da argumentação, mas também porque ela deve ser justificada por meio de argumentos.¹²⁶

Duas implicações emanam do caráter argumentativo e justificativo da democracia deliberativa.

Primeiramente, justificativas e motivos apresentados por aqueles que tomam as decisões devem estar pautados pelo princípio da publicidade, de forma a permitir que todos possam acessá-los. De fato, a democracia deliberativa atribui grande valor à transparência das decisões coletivas. Por conseguinte, canais ou procedimentos que criem embaraços à publicidade do processo decisório estão frontalmente em oposição aos postulados da democracia deliberativa.¹²⁷

Em segundo lugar, surge a necessidade de que a justificativa possa ser compreendida por seus destinatários. Quanto a isso, a justificativa que resulta da deliberação, assim como os demais elementos que compuseram o procedimento de tomada de decisão, deve ser comunicada de forma que seja compreensível para o público em geral.¹²⁸

association through free deliberation among equals. Proposals may be rejected because they are not defended with acceptable reasons, even if they could be so defended. The deliberative conception emphasizes that collective choices should be made in a deliberative way, and not only that those choices should have a desirable fit with the preferences of citizens.” (COHEN, Joshua, *Deliberation and democratic legitimacy*, in: PETTIT, Philip; HAMLIN, Alan (Orgs.), **The good polity: normative analysis of the State**, Oxford: Basil Blackwell, 1989, p. 22).

¹²⁶ ELSTER, Introduction, p. 9.

¹²⁷ É o que Gutmann e Thompson denominam de o “valor da publicidade”: “The reasons that officials and citizens give to justify political actions, and the information necessary to assess those reasons, should be public. This principle of publicity is a fundamental requirement of deliberative democracy. It is also a principle that would seem readily justifiable from almost any moral perspective.” (Democracy and disagreement, op. cit., p. 95)

¹²⁸ GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. **Why deliberative democracy?** Princeton University Press, 2009, p. 4-5

Logo, no âmbito da deliberação política, as razões que dão substrato a uma decisão pública não devem se fundar unicamente em tecnicismos inacessíveis aos cidadãos.¹²⁹

2.3. Benefícios da democracia deliberativa

As vantagens citadas por parte dos teóricos defensores da democracia deliberativa são diversas e não caberia aqui um exame exaustivo das variadas abordagens. De qualquer sorte, para fins didáticos e num nível de extrema generalização, tais abordagens podem ser agrupadas sinteticamente tendo em vista os seus benefícios.

Primeiramente, muitos creem que uma forma deliberativa de tomada de decisão resulta em melhores processos decisórios. Ou seja, a deliberação traz benefícios epistêmicos, na medida em que potencialmente favorece melhores decisões.

James Fearon, por exemplo, explica que uma das funções da deliberação é a de proporcionar a superação da racionalidade limitada. Para sustentar tal raciocínio, Fearon argumenta que, ainda que uma única pessoa - a quem é atribuído o poder de decidir isoladamente - detenha todas as informações existentes e conheça todas as rotas de ação, determinados problemas podem revelar-se tão complexos que o processo de discussão serviria para tornar mais claras as prováveis implicações na adoção de uma potencial solução e, além do que, poderia originar novas ideias através do

¹²⁹ Mesmo que as decisões precisem contar com auxílio de especialista, estes podem fazer com suas conclusões técnicas sejam acessíveis ao público: “this is a common occurrence in modern government. Citizens often have to rely on experts. This does not mean that the reasons, or the bases of the reasons, are inaccessible. Citizens are justified in relying on experts if they describe the basis for their conclusions in ways that citizens can understand; and if the citizens have some independent basis for believing the experts to be trustworthy (such as a past record of reliable judgments, or a decision-making structure that contains checks and balances by experts who have reason to exercise critical scrutiny over one another). (GUTMANN, THOMPSON, op. cit., p. 5)

brainstorming – algo que, na visão do autor, jamais se alcançaria mediante o mecanismo agregativo de votação.¹³⁰

Em complemento a tal ideia, Diego Gambetta argumenta que uma das consequências positivas da deliberação concerne primariamente à distribuição de informação e ao seu efeito na tomada de decisão. Se, por acaso, as informações e as habilidades argumentativas dos participantes no debate não são equânimes, a deliberação tem o potencial de distribuir e incrementar o conhecimento a respeito das distintas posições em jogo.¹³¹

Gutmann e Thompson adotam perspectiva semelhante ao sustentar que, dentre os propósitos da deliberação, repousam os objetivos de promover o respeito mútuo no processo de tomada de decisão (admitindo que valores morais e posições diversas possam entrar em colisão) e, ademais, de ajudar a corrigir mal entendidos que geralmente fazem parte do processo decisório, uma vez que cria a oportunidade para que sejam esclarecidos os entendimentos de cada participante no debate.¹³²

Na medida em que a deliberação majora a quantidade de informação à disposição daqueles incumbidos de tomar as decisões, permite, conseqüentemente, a avaliação das implicações de cada potencial solução, proporciona a antecipação de eventuais erros e, em última análise, tem ela a potencialidade de conduzir a melhores decisões.

¹³⁰ FEARON, James. Deliberation as discussion. *In*: Jon Elster (Ed.). **Deliberative democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 24.

¹³¹ GAMBETTA, Diego. “Claro!”: an essay on discursive machismo. *In*: Jon Elster (Ed.). **Deliberative democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 22.

¹³² “A well-constituted deliberative forum provides an opportunity for advancing both individual and collective understanding. Through the give-and-take of argument, participants can learn from each other, come to recognize their individual and collective misapprehensions, and develop new views and policies that can more successfully withstand critical scrutiny. When citizens bargain and negotiate, they may learn how better to get what they want. But when they deliberate, they can expand their knowledge, including both their self-understanding and their collective understanding of what will best serve their fellow citizens.” (GUTMANN, THOMPSON, **Why deliberative democracy?**, op. cit., p. 11-12)

Em segundo lugar, a deliberação pode ter impacto positivo e transformador nos participantes.¹³³

Quanto a isso, sustenta-se que a deliberação não somente faz os participantes mais conscientes dos pontos de vistas dos demais, mas também de suas próprias opiniões, incluindo os pontos fortes e fracos de suas posições e preferências pessoais.¹³⁴

Além disso, a deliberação, com sua ênfase na discussão coletiva aliada à introspecção individual, encoraja os indivíduos a reconhecer seu potencial cívico como cidadãos bem-informados.

Um terceiro benefício da deliberação reside em outorgar maior legitimidade às decisões coletivas.¹³⁵ Se, por exemplo, os indivíduos entendem que as leis são criadas a partir de um procedimento marcado pela abertura ao debate e pela participação efetiva dos potenciais interessados - além de ser pautada por uma deliberação fundamentada -, todos estarão mais genuinamente propensos a aceitá-las, ainda que permaneça insolúvel eventual desacordo moral ou político em jogo.

Como sustenta James Fearon, uma das justificativas para se deliberar ao invés de simplesmente votar - ainda que não possa ser considerada uma razão absoluta e, portanto, dependente de cada contexto cultural – recai no seu efeito psicológico: a oportunidade de expressar seu ponto de vista no processo

¹³³ “While I may take my preferences as a sufficient reason for advancing a proposal, deliberation under conditions of pluralism requires that I find reasons that make the proposal acceptable to others who cannot be expected to regard my preferences as sufficient reasons for agreeing. The motivational thesis is that the need to advance reasons that persuade others will help to shape the motivations that people bring to the deliberative procedure in two ways. First, the practice of presenting reasons will contribute to the formation of a commitment to the deliberative resolution of political questions (D2). Given that commitment, the likelihood of a sincere representation of preferences and convictions should increase, while the likelihood of their strategic misrepresentation declines. Second, it will shape the content of preferences and convictions as well. Assuming a commitment to deliberative justification, the discovery that I can offer no persuasive reasons on behalf of a proposal of mine may transform the preferences that motivate the proposal.” (COHEN, *Deliberation and democratic legitimacy*, p. 24).

¹³⁴ HANSEN, Kasper Møller, **Deliberative democracy and opinion formation**, Odense: University Press of Southern Denmark, 2004, p. 100–101.

¹³⁵ GAMBETTA, “Claro!”: an essay on discursive machismo, p. 24.

decisório torna as pessoas mais inclinadas a aceitarem o resultado da deliberação, ainda que este resulte contrário ao seu ponto de vista. Certamente, os indivíduos sentem que o processo decisório é mais justo quando podem discutir antes de votar e esse sentimento de justiça procedimental é que os faz mais tendentes a aquiescer e respeitar as decisões coletivas.¹³⁶

Assim, a legitimidade em sociedades democráticas complexas deve ser pensada como uma das resultantes da deliberação pública acerca de questões de preocupação coletiva. Por conseguinte, a existência de uma esfera pública de deliberação sobre questões de interesse coletivo é essencial para a legitimidade das instituições democráticas.

Nesta perspectiva, as decisões de maior complexidade tomadas pelos agentes públicos passam a ser mais aceitáveis - mesmo por aqueles que têm seu interesse contrariado ou não plenamente atendido - quando baseadas na consideração do mérito de cada pretensão e não apenas no poder de barganha dos envolvidos.¹³⁷

Ultrapassada tal reflexão, impende ainda observar que nem todos os defensores da democracia deliberativa concordam irrestritamente com os seus potenciais benefícios.¹³⁸

Nada obstante a controvérsia sobre os seus predicados e efetivos benefícios, o fato é que há certo consenso a respeito do que distancia a democracia deliberativa de outras formas de decisão coletiva.

Ora, a democracia deliberativa difere do modelo agregativo de tomada de decisões, que funciona pela identificação das preferências pessoais dos indivíduos, supondo-as imutáveis, para então somá-las a fim de alcançar um

¹³⁶ FEARON, Deliberation as discussion, p. 57.

¹³⁷ GUTMANN, THOMPSON, op. cit., p. 11-12

¹³⁸ James Fearon explica que o argumento a favor da deliberação não deve ser considerado absoluto. Há, de fato, situações em que a discussão pode ter um efeito reverso, isto é, gerar mais desacordos do que consenso. Isso sucedeu, por exemplo, no julgamento de O. J. Simpson, no qual a ampla discussão nacional e a divulgação de muita das informações a respeito do caso, ainda que tenha aumentando o consenso a respeito do que aconteceu, gerou a polarização entre brancos e negros. (FEARON, op. cit., p. 56-57)

resultado majoritário. Tal como explica Jon Elster, a agregação de preferências pode ser compreendida como sinônimo de votação.¹³⁹

Atributo essencial do modelo da democracia deliberativa é o enfoque no processo de interação argumentativa no qual os participantes expõem razões em defesa de determinada posição ou em objeção a propostas aventadas pelos demais. A expectativa é que os conflitos envolvendo questões de interesse público venham a ser resolvidos racionalmente, mediante o reconhecimento dos melhores argumentos, o que implica a predisposição dos participantes em transformar sua opinião e redefinir suas preferências diante de posições reputadas mais convincentes ou acertadas.

Para tanto, funda-se na ideia de participação discursiva, com a substituição da “*voting-centric democratic theory*” pela “*talk-centric democratic theory*”. A primeira vertente considera a democracia como uma arena em que preferências e interesses imutáveis competem por meio de mecanismos agregativos, ao passo que o modelo deliberativo, inversamente, dá atenção ao momento comunicativo de formação de preferências e de pontos de vista que antecede à votação; concomitantemente, esta última abordagem parte do pressuposto que os participantes de uma discussão estejam dispostos a informar-se reciprocamente de suas posições e a submetê-las ao questionamento do grupo.¹⁴⁰

John Dryzek destaca o aspecto reflexivo da deliberação, na medida em que preferências podem ser transformadas no curso da interação, o que envolve a tarefa de persuasão recíproca.¹⁴¹

É tal predicado, por exemplo, que diferencia a deliberação da nota constitutiva do processo legislativo, no qual o mecanismo agregativo toma as preferências dos legisladores como um elemento dado e produz um resultado

¹³⁹ ELSTER, op. cit., p. 6.

¹⁴⁰ CHAMBERS, *Deliberative democracy theory*, p. 308.

¹⁴¹ “Deliberation as a social process is distinguished from other kinds of communication in that deliberators are amenable to changing their judgments, preferences, and views during the course of their interactions, which involve persuasion rather than coercion, manipulation, or deception.” (DRYZEK, John S., **Deliberative democracy and beyond: liberals, critics, contestations**, New York: Oxford University Press, 2000, p. 1).

pelo somatório das posições individuais, dispensando a necessidade de exposição e justificação das razões que embasam a decisão.¹⁴²

O público com grande frequência não está a par de todas as discussões e fatores que originaram e conduziram à determinada decisão legislativa. O efeito disso é um processo de tomada de decisão onde as preferências não precisam ser justificadas e pouca importância é dada às razões que os cidadãos ou seus representantes apresentam ou deixam de apresentar.¹⁴³

Por isso, ainda nessa ordem de ideias, Simone Chambers explica que a teoria democrática deliberativa supõe-se mais justa do que modelos agregativos para lidar com uma sociedade pluralista.

A democracia deliberativa merece ainda ser diferenciada dos processos marcados pela negociação (*bargaining*) ou de troca de votos.

Novamente, Jon Elster explica que procedimentos decisórios marcados pela pura barganha assemelham-se a disputas em que as partes atuam mediante oferta e contraoferta, de forma a maximizar suas preferências. O resultado é determinado pelo poder de negociações das partes – isto é, por mecanismos de persuasão fundados em ameaças, promessas e concessões.¹⁴⁴

Neste cenário, o acordo pode ser conseguido por táticas de engodo, promessa ou intimidação; os participantes obedecem primordialmente ao seu interesse pessoal e egoístico, ao passo que na deliberação o consenso alcançado deve ser racional, vale dizer, oriundo da argumentação, num contexto em que as partes, imparcialmente posicionadas, atuam orientadas pelo bem comum.¹⁴⁵

Ao cabo dessa distinção, não se quer aqui dizer que a deliberação deva ser considerada uma ferramenta decisional absoluta. Certamente, outros métodos de tomada de decisão, tal como o voto ou os compromissos de ordem pragmática são de inegável utilidade e aceitação em certos âmbitos. No

¹⁴² V. a respeito: DA SILVA, Deciding without deliberating, p. 564–565.

¹⁴³ GUTMANN, THOMPSON, op. cit., p. 15.

¹⁴⁴ ELSTER, op. cit., p. 6.

¹⁴⁵ Sobre as razões públicas no âmbito da deliberação, v. CHAMBERS, Simone, Behind closed doors: publicity, secrecy, and the quality of deliberation, **Journal of Political Philosophy**, v. 12, n. 4, p. 389–410, 2004.

entanto, mesmo nessas hipóteses, a deliberação se revela proveitosa, pois abre um canal para que se discuta e se decida a respeito de quando usar os demais procedimentos de tomada de decisão.

2.4. O Poder Judiciário como instituição deliberativa

Conforme explanam Ferejohn e Pasquino, na obra *Liberalismo Político*, John Rawls descreve as Cortes como instituições deliberativas exemplares, fóruns nos quais as razões, justificações e argumentos são oferecidos. Nesta perspectiva, a autoridade das Cortes é fundada, em grande medida, na deliberação e na qualidade argumentativa de seus julgamentos – argumentos que ligam a decisão judicial ao Direito. Tal atributo revela-se particularmente importante pelo fato de que as cortes carecem de credenciais democráticas.

Logo, a deliberação e a justificação das decisões revelam-se aspectos fundamentais da atividade judicante.

Por isso, quando se pretende examinar instituições nas quais a argumentação e a deliberação ocupam um papel proeminente na vida pública, as Cortes são reputadas - e especialmente com as Cortes que decidem matérias constitucionais - objeto de interesse.¹⁴⁶

Em verdade, tal entendimento parte da premissa de que o Poder Judiciário, e notadamente as Cortes Supremas, por seus atributos institucionais, adotam procedimentos de matriz deliberativa para a tomada de decisões.

Melhor explicando: de acordo com esta imagem, as Cortes Supremas – enquanto órgão colegiado que decide coletivamente - são vistas como *locus* decisórios onde prevalece o confronto de argumentos almejando o consenso em

¹⁴⁶ FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale, Constitutional courts as deliberative institutions: towards an institutional theory of constitutional justice, *in*: SADURSKI, Wojciech (Org.), **Constitutional Justice, East and West: Democratic legitimacy and constitutional courts in post-communist Europe in a comparative perspective**, London: Kluwer Law International, 2002, p. 22.

detrimento dos procedimentos de barganha ou de mera agregação de preferências pela votação.

É o que explicam Ferejohn e Pasquino quando afirmam que, por um aspecto, “Cortes Constitucionais, em todos os lugares, são ‘instituições deliberativas’, cuja base de sua legitimidade tem de ser estabelecida em razões. A autoridade das Cortes, em última análise, recai nas persuasivas razões que suportam suas decisões.”¹⁴⁷

Logo, o raciocínio que perpassa tal entendimento é o de que, como, em tese, as Cortes adotam os princípios deliberativos na sua atividade decisória, decorre daí que o processo decisório teria maior probabilidade de produzir decisões pautadas em bons fundamentos.¹⁴⁸ Consequentemente, nessa linha de entendimento, os cidadãos sentir-se-iam mais incorporados ao processo de tomada de decisão e as decisões resultantes da deliberação carregariam maior legitimidade.¹⁴⁹

Por conta disso, tais teóricos sustentam que as Cortes são exemplos deliberativos a ser seguido pelos outros Poderes. É presente a ideia de que o Poder Judiciário tem um desempenho deliberativo mais efetivo e que, ademais, o Poder Judiciário difere fundamentalmente dos outros Poderes por sua adesão - ainda que nem sempre consciente - aos princípios deliberativos.

Inegavelmente há boas razões para acreditar que as Cortes de fato incorporam o tipo de deliberação almejada pela democracia deliberativa e, para além disso, que a forma como se desenrola o processo decisório no âmbito de um procedimento judicial proporciona uma atividade deliberativa superior ao que se nota no âmbito em outras esferas públicas.

Várias ordens de argumento conduzem a tal conclusão.

¹⁴⁷ FEREJOHN; PASQUINO, *Constitutional adjudication*, p. 1680.

¹⁴⁸ V. a respeito: MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional courts and deliberative democracy**, Oxford: Oxford University Press, 2013.

¹⁴⁹ Veja-se que a discussão aqui não é no sentido de que o Poder Judiciário seja um agente democrático e, portanto, tenha a função de representação da vontade popular. Não se trata disso, uma vez que tal decisão cabe ao Legislativo. O que se considera, nesse âmbito de reflexão, é que o seu modo de decidir é pautado por um procedimento que, ao menos em teoria, aproxima-se mais fielmente dos postulados deliberativos.

Primeiramente, a composição, o tamanho e a estrutura das Cortes são mais adequadas para a deliberação intrainstitucional, já que operam em pequenos grupos.

De acordo com Harry Edwards, pequenos grupos tendem a atuar com maior colegialidade, sendo que esta última característica conduz a melhores decisões.¹⁵⁰ De modo análogo, Walter Murphy explica que Cortes colegiadas “são pequenos grupos, numa relação frente a frente, que interagem por força da obrigação de resolver um problema específico ou um conjunto de problemas”.¹⁵¹

Com efeito, as Cortes são compostas por colegiados relativamente pequenos - quer se trate do órgão pleno ou de órgãos fracionários (seções, turmas ou câmaras). O Supremo Tribunal Federal é composto por onze Ministros. Já o Superior Tribunal de Justiça conta com trinta e três Ministros, embora suas Turmas operem cada uma com cinco ministros. Trata-se de órgãos diminutos quando se compara ao Congresso Nacional, que é integrado por dezenas de senadores e centenas de deputados federais.

De um modo geral, as Cortes colegiadas operam em grupos diminutos, atuando em maior reclusão e menos submetidos a interrupções do que o Poder Executivo ou Legislativo, que habitualmente funcionam com expressiva burocratização funcional e com a contínua obrigação de interagir com o público externo e com os meios de comunicação.

Comparando com os membros do Legislativo e do Executivo, seria de se esperar um maior engajamento dos juízes de Cortes colegiadas em uma deliberação mais detida a respeito das disputas que lhe são submetidas.¹⁵²

Comprovadamente, a deliberação torna-se mais fácil se os participantes se conhecem e interagem uns com os outros regulamente e,¹⁵³ mormente, se

¹⁵⁰ EDWARDS, The effects of collegiality on judicial decision making, p. 1675.

¹⁵¹ “Collegial courts (...) are small groups in a face-to-face relationship that interact under an obligation to solve a specific problem or set of problems.” (MURPHY, Walter F., Courts as Small Groups, **Harvard Law Review**, v. 79, n. 8, 1966, p. 1565).

¹⁵² V. a respeito: FISS, Owen M., The bureaucratization of the Judiciary, **Yale Law Journal**, v. 92, p. 1442–1468, 1983; DA SILVA, Deciding without deliberating, p. 563–565.

não se encontram sobrecarregados por compromissos partidários e pela constante exposição pública ou pelo assédio da imprensa. Tem-se aí um fator que propicia a deliberação em grupo, consoante exemplificam Ferejohn e Pasquino quando abordam feições da Corte Constitucional Italiana:

É importante notar que a Corte Italiana funciona largamente fora dos holofotes públicos. Não há um corpo de jornalistas especializados em cobrir a Corte e especular sobre os seus trabalhos internos. (...) Os julgadores tentam intensamente achar um modo de redigir uma decisão coletiva e, do pouco que pode ser visto do lado de fora, têm desenvolvido várias técnicas para se chegar a compromissos e consenso.¹⁵⁴

Esse ambiente favorável à interação entre os julgadores e ao debate colegiado é igualmente salientado por Harry Edwards:

A facilidade das interações frente a frente fora do contexto da sustentação oral e das sessões faz diferença, especialmente para um Presidente da Corte que está tentando intensamente ouvir, entender e tratar as necessidades de seus colegas. (...) Grupos pequenos têm o potencial de interagir mais eficientemente, tornando mais provável a colaboração próxima e contínua.¹⁵⁵

Uma segunda razão decorre da predisposição das Cortes para trabalhar internamente como uma equipe coesa. Virgílio Afonso da Silva, por exemplo, aduz que, quando se pensa no potencial deliberativo de uma instituição qualquer, o que se cogita é um cenário de livre tráfego de ideias e argumentos; em que os participantes trabalham como uma equipe, buscando alcançar uma sinergia que atenuie os efeitos da racionalidade limitada; em que os deliberadores são receptivos e estejam dispostos a rever seus pontos de vista diante de melhores argumentos; por fim, em que os deliberadores busquem – como um ideal regulativo – atingir o consenso.¹⁵⁶

¹⁵³ EDWARDS, The effects of collegiality on judicial decision making, p. 1674–1679.

¹⁵⁴ FEREJOHN; PASQUINO, Constitutional adjudication, p. 1693.

¹⁵⁵ EDWARDS, The effects of collegiality on judicial decision making, p. 1675.

¹⁵⁶ DA SILVA, Deciding without deliberating, p. 565.

Na perspectiva deste autor, o Poder Legislativo raramente tem o escopo de atingir o consenso em torno da melhor solução; o objetivo primordial é vencer e, para tanto, alcançar uma maioria é o que basta. Do mesmo modo, é difícil pensar que determinado partido político venha a ser convencido, mediante um embate genuinamente deliberativo, pelos argumentos expostos pelos seus adversários.¹⁵⁷

As Cortes Supremas, por outro lado, estariam muito mais bem dispostas para agir deliberativamente, na medida em que a base de sua legitimidade é justamente o fato de que decisões são tomadas com base no embate discursivo que almeja idealmente o consenso intramuros a respeito de determinada opção decisória. Ganhar aqui, ao menos em tese, é o que menos importa.

As Cortes, portanto, teria uma predisposição para a deliberação interna, ao passo que os parlamentares estariam muito mais preocupados com a deliberação externa, isto é, com a tarefa de convencer a audiência externa a respeito da correção de sua decisão (a sociedade, os eleitores, a mídia) e não aos seus pares na oposição.¹⁵⁸

É ainda nessa particular que se insere uma razão pela qual se encaram as Cortes como espaços de deliberação privilegiados: o “insulamento contra a ciclotimeia eleitoral”.¹⁵⁹ Justamente porque os juízes estão exonerados da pressão eleitoral é que podem tomar decisões de forma adequada e imparcial.

Uma perspectiva análoga é avançada por Kevin Stack, para quem a legitimidade de uma Corte Suprema reside na tomada de decisões por intermédio de um procedimento deliberativo. Na sua perspectiva, isso significa chegar a decisões mediante o intercâmbio, entre iguais, de argumentos mutuamente aceitáveis; na disposição dos julgadores em modificar sua

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 564.

¹⁵⁸ “If the very nature of an institution (parliament) fosters external deliberation and weakens the value of internal deliberation—because the primary goal of participants is to win²⁹—then deliberation in legislative bodies will always tend to be of a different kind compared with deliberation that may occur in constitutional and supreme courts.” (*Ibid.*).

¹⁵⁹ MENDES, O projeto de uma corte deliberativa, op. cit., p. 58.

perspectiva inicial por meio do debate fundamentado a respeito do mérito de certo problema.¹⁶⁰

Demais disso, em nível de extrema generalização, as Cortes empregam uma variedade de mecanismos institucionais que têm, ao menos teoricamente, uma distinta nota deliberativa, a começar pelo próprio procedimento judicial, pautado pela publicidade, pela participação em contraditório¹⁶¹ e pela abertura para a participação de esferas da sociedade que não são formalmente partes na causa.¹⁶²

Sob este prisma, as Cortes Supremas respeitariam o ideal deliberativo na medida em que estejam abertas para coletar, na medida do possível, os argumentos dos interlocutores envolvidos em determinado caso e consigam comunicar-se adequadamente por meio de decisões fundamentadas, nas quais as posições dos litigantes e da sociedade sejam devidamente apreciadas.

Exemplificando tal ideia, Frank Michelman entende que o controle de constitucionalidade tornar-se-ia compatível com o ideal democrático por força da deliberação judicial aberta e acessível aos cidadãos, respeitando, assim, a

¹⁶⁰ Sustenta, em resumo, a ideia de que “the Supreme Court’s own decisionmaking process comes within the commitments of the deliberative conception of democracy, and, accordingly, that the Court’s legitimacy depends in part on its making its judgments through a deliberative process.” (STACK, Kevin M., *The practice of dissent in the Supreme Court*, **Yale Law Journal**, p. 2235–2259, 1996, p. 2255).

¹⁶¹ Nesse sentido: “The impact of deliberation on adjudication seems at least in part redundant: the adversarial process also serves to enumerate alternatives and to frame the context in which a judge exercises her judgment or asserts her preferences. Closer inspection reveals that deliberation and adversarial exchanges may complement each other. While each party will advocate positions most favorable to it, this advocacy ensures that any biases of the judges are exposed to conflicting arguments and views. Similarly, the judges can not make a simple neutral choice between the arguments offered by each side. The adversaries may urge rationales that have no common ground.” (KORNHAUSER; SAGER, *Unpacking the Court*, p. 101). V. ainda; BELL, John, *The Institutional Constraints on Particularism*, in: BANKOWSKI, Zenon; MACLEAN, James (Orgs.), **The Universal and the Particular in Legal Reasoning**, Bodmin: Ashgate Publishing, Ltd., 2006, p. 44–45.

¹⁶² Veja-se, por exemplo, a abertura para a participação do *amicus curiae* no novo CPC (art. 138) e de demais interessados em questões a serem decididas no julgamento de demandas e recursos repetitivos (arts. 983 e 1.083, inc. I).

condição dualística da democracia deliberativa: “*egalitarian reasons-responsiveness*”.¹⁶³

Sob este enfoque, o atributo mais relevante do procedimento judicial é que toda a pretensão apresentada em juízo, assim como a argumentação jurídica e os elementos probatórios que lhe dão substrato, possa ser objeto de discussão entre as partes e a Corte, ainda que de forma exclusivamente escrita.¹⁶⁴

Exceto nas situações de segredo de justiça, as manifestações apresentadas no processo – incluindo aquelas apresentadas pelas partes, pelo Ministério Público, por terceiros e pelos *amici curiae* – são públicas, possibilitando o acesso aos interessados e permitindo que as partes tenham chance de responder explicitamente as pretensões deduzidas pela parte adversa.

Outros mecanismos institucionais com características deliberativas incluem as sessões de sustentação oral, de deliberação e de julgamento em que os juízes têm a oportunidade de interagir com as partes e discutir entre si, de modo a alcançar uma decisão mais adequada.¹⁶⁵

Assim, ao menos do ponto de vista do procedimento decisório interno, há motivos plausíveis para compreender que a deliberação é algo conatural ao exercício jurisdicional, seja porque os magistrados travam discussões com as partes ou internamente com seus pares nos colegiados. É o que Ferejohn e Pasquino denominam de deliberação interna, que é aquela desenvolvida intramuros pelo colegiado com vistas à discussão, ao intercâmbio e ao teste de

¹⁶³ “Michelman, finally, claims that judicial review of legislation could be seen as worthy of respect by free and equal democratic citizens, at least when such powers of review were exercised in a way that warranted the expectation that judicial interpretations of fundamental law resulted from deliberations that were as open as possible to the full breadth of public debate and disagreement on the relevant issues. Citizens could, under such conditions, understand judicial review as an institution simultaneously realizing the dualistic deliberative legitimacy condition of egalitarian reasons-responsiveness.” (ZURN, **Deliberative democracy and the institutions of judicial review**, p. 167–168).

¹⁶⁴ Aliás, a natureza jurídica do processo é assinalada por alguns como um relação jurídica de direito público entre as partes e o Poder Judiciário mediada pelo contraditório.

¹⁶⁵ Nas palavras de Ferejohn e Pasquino, deliberação interna “involves the Justices arguing and persuading each other as to what the Court should do (...)”. (FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional adjudication: Lessons from Europe. **Texas Law Review**, v. 82, 2004, p. 1697)

argumentos e, em última análise, ao aprimoramento da tarefa decisória. Há um esforço colegiado para se alcançar o consenso.¹⁶⁶ Isso também se explica pelo aspecto institucional tratado no capítulo precedente: os juízes comungam a missão, como membros de uma instituição, na adequada interpretação do direito e, por via de consequência, estão dispostos a ouvir, a persuadir e serem persuadidos, num ambiente de colegialidade e respeito.¹⁶⁷

Ao lado destes fatores, certamente o mais significativo aspecto que outorga às Cortes o caráter deliberativo reside no fato de que o julgamento colegiado é materializado numa decisão fundamentada, fruto de um esperado processo de deliberação interna em que um diminuto grupo de juízes interage entre si por meio da argumentação e do intercâmbio de ideias.¹⁶⁸

Não se trata apenas de dar publicidade à decisão judicial, mas, diferentemente do que ocorre no âmbito parlamentar, as Cortes devem apresentar boas razões como forma de justificação de suas decisões.

Logo, não é de se admirar que certos teóricos enfatizem que a exposição pública das razões de decidir - resultante da deliberação colegiada - como a principal fonte da promessa deliberativa atribuída às Cortes e, outrossim, como o componente fundamental para se distinguir as Cortes dos demais Poderes do Estado.

John Rawls, por exemplo, enfatizou o conceito deliberativo de “razão pública”, aludindo às Cortes como exemplos desta razão pública justamente por conta das decisões fundamentadas:

¹⁶⁶ FEREJOHN; PASQUINO, Constitutional adjudication, p. 1696–1698.

¹⁶⁷ EDWARDS, The effects of collegiality on judicial decision making, op. cit., p. 1645.

¹⁶⁸ De acordo com Owen Fiss, isto se refere a “obligation of a judge to engage in a special dialogue – to listen to all grievances, hear from all the interests affected, and give reasons for this decisions. By signing his name to a judgment or opinion, the judge assures the parties that he has thoroughly participated in that process and assumes individual responsibility for the decision.” (FISS, The bureaucratization of the Judiciary, p. 1443); ainda nesse sentido, v. FEREJOHN; PASQUINO, Constitutional courts as deliberative institutions, p. 21–36; PASQUINO, Pasquale, Constitutional adjudication and democracy. Comparative perspectives: USA, France, Italy, **Ratio Juris**, v. 11, n. 1, p. 38–50, 1998.

é preciso distinguir entre a forma pela qual o ideal de razão pública se aplica aos cidadãos e a forma como se aplica às diversas autoridades do Estado. Esse ideal aplica-se aos fóruns oficiais e, por isso, aos legisladores, quando falam no receito do parlamento, e ao executivo, em seus atos e pronunciamentos públicos. Aplica-se também, de uma forma especial, ao judiciário e, sobretudo, ao supremo tribunal numa democracia constitucional com controle de constitucionalidade das leis (“revisão judicial”). É assim porque os juízes têm de explicar e justificar suas decisões como decisões baseadas em sua compreensão da constituição, de estatutos e precedentes relevantes. Como os atos do legislativo e do executivo não precisam ser justificados dessa maneira, o papel especial do tribunal faz dele um caso exemplar de razão pública.¹⁶⁹

As “razões públicas” referidas por Rawls devem ser mais do que simplesmente agregação dos votos individuais dos juízes que compõem determinada Corte, tampouco devem ser fundadas em valores morais pessoais ou em idiossincrasias individuais. Ademais, tais justificativas devem ser comunicadas de forma tal que sejam compreensíveis ao público em geral.¹⁷⁰

John Rawls ainda argumenta que a influência de uma decisão judicial realmente pode expandir-se para além dos seus limites. Em outras palavras, “o papel do tribunal como instituição exemplar da razão pública tem um terceiro aspecto: dar força e vitalidade à razão pública no fórum público”.¹⁷¹

Assim, para o filósofo norte-americano, as Cortes conseguem atingir tal fim por meio de seus julgamentos sobre questões políticas fundamentais.

Portanto, o aspecto exemplar de uma Corte suprema deita raiz primordialmente na deliberação e na argumentação pública por ela exercida. Tal qualificativo das Cortes constitucionais como uma instituição deliberativa é ainda reforçado pela sua capacidade de catalisar e estimular a discussão pública.

De outro viés, Ronald Dworkin entende que as Cortes têm um potencial deliberativo superior aos outros Poderes. Especificamente quando examina o controle de constitucionalidade, Dworkin assevera a importância na

¹⁶⁹ RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 264-265.

¹⁷⁰ RAWLS, op. cit., p. 287.

¹⁷¹ RAWLS, op. cit., p. 288.

argumentação contida nas decisões judiciais, na medida em que as questões de moralidade política são “expostas e debatidas como questão de princípio”:

A revisão judicial assegura que as questões mais fundamentais de moralidade política serão finalmente expostas e debatidas como questões de princípio e não apenas de poder político, uma transformação que não pode ter êxito - de qualquer modo, não completamente - no âmbito da própria legislatura. Isso é mais importante que as efetivas decisões a que se chegam nos tribunais com essa incumbência.¹⁷²

Para Dworkin, portanto, a importância central das Cortes reside na sua capacidade singular de enfrentar questões de moralidade política com base na discussão e na deliberação fundamentada, ao invés de tratá-las como mero exercício de poder político.

Neste aspecto, a atuação das Cortes difere marcadamente do agir das outras esferas de Poder, já que nestas as decisões são frutos do poder político, mas sem o adequado debate sobre questões de moralidade política.

Com efeito, Ronald Dworkin sustenta que o controle de constitucionalidade “é uma característica distintiva de nossa vida política, invejada e cada vez mais copiada em outros lugares. É uma característica penetrante porque obriga o debate político a incluir o argumento acerca do princípio, não apenas quando um caso vai ao Tribunal, mas muito antes e muito depois.”¹⁷³

Merece, por fim, menção a teoria por Conrado Hübner Mendes a respeito da função deliberadora das Cortes supremas. Segundo Mendes, além das imagens tradicionalmente usadas para descrever as Cortes constitucionais (veto, guardião, interlocutor institucional e fórum de princípios), é razoável retratá-las como instituições deliberadoras.

Tal representação capta a Corte como um ente colegiado que atua segundo uma lógica interna dialógica e persuasiva, a fim de obter melhores decisões. De acordo com o teórico, esta imagem teria como diferencial

¹⁷² DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 102.

¹⁷³ DWORKIN, **Uma questão de princípio**, p. 102.

identificar uma faceta interna das Cortes ignorada pelas por outras descrições das Cortes supremas:

... as cortes são compostas por um grupo pequeno de juízes que interagem entre si por meio do argumento e da persuasão até alcançar uma decisão final. Este processo interno constituiria uma vantagem comparativa das cortes em relação a instituições estruturadas de maneira diversa (como, por exemplo, a simples agregação de votos segundo a regra da maioria. Cortes beneficiar-se-iam da deliberação colegiada e, graças às suas peculiares condições decisórias, teriam maior probabilidade de alcançar boas respostas na interpretação constitucional. Por isso, além de catalisadoras da deliberação institucional e social, tal como a imagem anterior sugeria, as cortes também promoveriam uma boa deliberação instrainstitucional.¹⁷⁴

Referido autor, porém, assinala que este retrato - que justamente destaca a dinâmica interna de uma Corte constitucional - não tem sido objeto de estudos mais profundos.

Assim, Mendes procura investigar se a expectativa de que as Cortes são “*fóruns deliberativos singulares*” é de fato plausível, como supõem os teóricos acima referidos, e se esta perspectiva não é baseada numa presunção meramente otimista de que, como os juízes não sofrem o influxo do processo eleitoral e atuam com imparcialidade, teriam uma melhor aptidão para deliberar a respeito “razões públicas”.¹⁷⁵

Reconhece Mendes que, no atual debate constitucional, tal presunção acaba obscurecendo várias mediações necessárias, além de negligenciar a dinâmica interna de uma “*conflictive multi-member institution*”.¹⁷⁶

Logo, o estudo levado a efeito pelo constitucionalista procura preencher tal debate e, assim, demonstrar como uma Corte Constitucional deveria funcionar numa democracia constitucional bem ordenada. Sua proposta teórica envolve uma visão das Cortes Supremas como instituições deliberativas

¹⁷⁴ MENDES, O projeto de uma corte deliberativa, op. cit., p. 57-58.

¹⁷⁵ MENDES, **Constitutional courts and deliberative democracy**, p. 1-12.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 91.

que operam sob uma teoria da decisão judicial harmônica com os ideais deliberativos.

Para tanto, Mendes descreve quais são as três tarefas de uma Corte deliberativa, isto é, fases nas quais os mecanismos deliberativos podem ser discernidos e avaliados.¹⁷⁷ Confira-se:

a) fase pré-decisional: dedicada à contestação pública, no qual um litígio concreto é submetido ao exame da Corte pelos interlocutores principais (as partes) e se encerra quando se esgotam as oportunidades formais para que tais interlocutores argumentem. Nesta fase, a Corte, ciente de seu papel como fomentador da deliberação, deve permitir que os potenciais interlocutores externos tragam elementos e informações que possam aprimorar o julgamento colegiado.¹⁷⁸ Nas palavras do autor, a Corte deve “coletar, tanto quanto possível, argumentos dos interlocutores; desafiar publicamente esses argumentos, de modo que interlocutores tenham oportunidade de refiná-los ou depurá-los; e, acima de tudo, mostrar abertura aos atores que podem ter algo a acrescentar ao estoque de argumentos de cada caso.”¹⁷⁹

b) fase decisional: corresponde à fase de interação colegiada, na qual se desenrola a deliberação intrainstitucional. É aqui que se deve manifestar o ideal deliberativo da participação discursiva entre os integrantes do colegiado, que, em tese, proporcionaria o criterioso isolamento do problema de determinado caso e de suas potenciais soluções antes da tomada da decisão, seja ela consensual, seja pela regra majoritária. Sua força motora da interação colegiada decorre do esforço de levar em conta todas as posições que a Corte foi capaz de coletar; a busca da melhor resposta jurídica para determinado problema; por fim, a busca do consenso, ou, caso não esteja ao seu alcance, do mínimo dissenso dentro do colegiado.

c) fase pós-decisional: destina-se à elaboração da decisão escrita deliberativa, entendida como aquela que “traduz os compromissos éticos da

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 104 et seq.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 107–108.

¹⁷⁹ MENDES, O projeto de uma corte deliberativa, op. cit., p. 62.

deliberação para o texto da decisão”, que é bem fundamentada, e compreensível para todos, já que carrega “o ônus de ser responsiva e inteligível para o público em geral.”¹⁸⁰

Em síntese, nas palavras de Mendes, uma Corte genuinamente deliberativa “é aquela que maximiza o raio de argumentos dos interlocutores ao promover contestação pública na fase pré-decisional; que estimula os juízes numa prática sincera de interação colegiada na fase decisional; e que redige uma decisão deliberativa na fase pós-decisional.”¹⁸¹

A presente distinção será retomada nos capítulos subsequentes, especialmente diante do objeto de compreensão do julgamento colegiado. Por ora, importa compreender as vantagens do ideal deliberativo.

2.5. Benefícios da deliberação

Ao conceber e propor fóruns deliberativos, os teóricos da deliberação pública geralmente têm quatro propósitos em mente: reforçar a legitimidade através da abertura participativa e da responsabilização recíproca pelas decisões (*accountability*); incentivar, por meio da inclusão, a formação de um senso cívico em relação a questões de interesse público; promover o respeito mútuo entre os participantes devido a incorporação de diferentes pontos de vista e, finalmente, aprimorar a qualidade das decisões (e das posições individuais) por meio do debate substancial e informado.¹⁸²

Essa noção vem ao encontro da teoria normativa proposta por Hübner Mendes e adotada aqui como marco teórico, segundo a qual a prática decisória deliberativa é desejável por conta de seus valores intrínsecos e instrumentais.

A primeira categoria de valores informa que a deliberação dá origem a uma base da legitimação política independentemente do resultado que venha a

¹⁸⁰ MENDES, O projeto de uma corte deliberativa, op. cit., p. 63-64.

¹⁸¹ MENDES, O projeto de uma corte deliberativa, op. cit., p. 60.

¹⁸² GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis F, **Why deliberative democracy?**, Princeton: Princeton University Press, 2004.

produzir. Nas palavras de Mendes, a deliberação “*instantiate the best conception of political community*”.¹⁸³

De outra banda, os valores instrumentais referem-se àqueles potenciais benefícios que se pode esperar da deliberação, quais sejam: benefícios epistemológicos (aptidão para produzir melhores decisões ao fomentar o intercâmbio de informações entre os participantes), benefícios comunitários (idoneidade para estimular o consenso ou, quanto menos, reduzir o dissenso), benefícios psicológicos (disposição para propagar o sentimento de inclusão e respeito mútuo entre os participantes) e benefícios pedagógicos (propensão para desenvolver gradualmente a habilidade argumentativa e deliberativa de determinado grupo).¹⁸⁴

Dito isso, cumpre agora transportar esta estrutura teórica para o âmbito do julgamento nos órgãos judiciais colegiados.

2.6. A aproximação de deliberação e julgamento colegiado

Por ora demonstrou-se em linhas gerais como determinados atributos da teoria deliberativa constituem-se ferramentas eficientes para a tomada de decisões coletivas e, ademais, destacou-se os potenciais benefícios da deliberação.

Cabe agora procurar estabelecer um vínculo entre deliberação e o julgamento colegiado. Em outras palavras, é preciso compreender a conexão da deliberação (enquanto procedimento de tomada de decisão) com um elemento institucional das Cortes: a plurissubjetividade do órgão julgador.

Para tanto, é oportuno recuperar a reflexão introdutória da presente pesquisa, na qual se fez breve menção ao mérito dos trabalhos de Lewis A. Kornhauser e Lawrence G. Sager. Como visto, os autores norte-americanos

¹⁸³ MENDES, *Constitutional courts and deliberative democracy*, p. 19–20.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 22–35.

dedicaram atenção a mais proeminente e, curiosamente, mais negligenciada particularidade de uma Corte: a sua constituição colegiada.¹⁸⁵

Na visão de tais autores, as teorias tradicionais da decisão judicial revelam-se insatisfatórias, uma vez que negligenciam justamente da natureza colegiada de um tribunal e, o que mais interessa, das implicações de tal atributo para o processo de tomada de decisão. Segundo eles, o julgamento das Cortes deve ser compreendido com um julgamento colegiado, em que o agente é o Tribunal e não os membros que o compõem. Por isso, são as decisões da Corte, não dos julgadores individualmente considerados, que têm autoridade, tanto sobre as controvérsias presentes, quanto “as deliberações judiciais futuras”.¹⁸⁶

Partindo deste ponto de vista, quando um grupo em geral busca coordenar esforços para atingir determinado objetivo comum, está-se diante de empreendimento coletivo. A fim de compreender apropriadamente o julgamento colegiado, Kornhauser e Sager estabelecem uma tipologia do empreendimento coletivo a partir das seguintes categorias analíticas:

a) empreendimento distributivo: trata-se da situação em que os indivíduos agem isolada e independentemente, embora a estruturação prévia das tarefas individuais assegure a coordenação dos esforços. Tome-se como exemplo a situação em que várias pessoas pintam uma casa ao mesmo tempo. Ao distribuir determinada tarefa entre várias pessoas, na qual todas fazem a mesma coisa de forma independente uma da outra, proporciona-se a multiplicação do desempenho.¹⁸⁷

b) empreendimento de equipe: trata-se da situação em que todos participantes devem coordenar reciprocamente suas condutas ao longo da execução da tarefa. Cada um deles deve considerar a conduta dos demais integrantes do grupo enquanto executa a sua tarefa. Não se tem aqui a multiplicação do desempenho, eis que o agir coletivo produz o que apenas uma

¹⁸⁵ KORNHAUSER; SAGER, *Unpacking the Court*; KORNHAUSER; SAGER, *The one and the many*; KORNHAUSER; SAGER, *The many as one*.

¹⁸⁶ KORNHAUSER; SAGER, *The one and the many*, p. 56.

¹⁸⁷ Se uma pessoa levaria trinta dias para pintar a casa, três pessoas conseguirão pintar a mesma casa em dez dias.

equipe, um grupo, poderia produzir, tal como sucede com uma orquestra ou um time de futebol. Tanto um quanto o outro apenas conseguem atuar se houver uma coordenação dos seus vários integrantes. Há aqui o deslocamento da importância do agir individual para o agir coletivo, uma vez que a tarefa em si apenas poderia ser feita por um grupo.

c) empreendimento redundante: é caracterizada pela independência dos atores, que atuam de forma autônoma e não colaborativa. A coordenação dá-se por um processo mecânico, somado a uma regra de agregação. Em alguns casos, as próprias regras de agregação do agir coletivo podem proibir a interação e consulta de forma recíproca entre os participantes para evitar constrangimento e assegurar a imparcialidade. Tome-se como exemplo o julgamento de uma prova de ginástica olímpica por um corpo de juízes. Cada um dos vários juízes, independentemente dos demais (já que a interação é terminantemente proibida), exerce a mesma atividade: atribui individualmente uma nota ao competidor. Ao final, a coordenação e a agregação segue a regra segundo a qual, excluídas a maior e a menor nota, traça-se uma média das notas restantes. No empreendimento redundante pretende-se, portanto, trazer o mais próximo possível do ideal uma *performance* que poderia ser praticada por uma única pessoa. Por isso, no exemplo acima, a atividade de atribuir nota aos ginastas poderia, a rigor, ser realizada por um único juiz, já que não se pretende aqui multiplicar o desempenho, tampouco alcançar um agir de uma equipe.

d) empreendimento colegiado: tal categoria assemelha-se ao empreendimento de equipe tratando anteriormente, na medida em que os participantes devem agir em coordenação. Porém, colaboração e deliberação são as características essenciais dessa categoria, sendo seu objetivo o de coordenar esforços para se alcançar a melhor resposta ou o melhor resultado para determinado alvo. Aqui interação e intercâmbio de ideias são cruciais para a obtenção de determinado resultado. Ademais, tal como no empreendimento de equipe, há, no empreendimento colegiado, o deslocamento do agir individual para o agir em grupo – quem age é o grupo e não o indivíduo. É o

que acontece na colaboração de cientistas trabalhando em conjunto numa pesquisa.

Como parece claro, as Cortes enquadram-se - ou ao menos deveriam enquadrar-se¹⁸⁸ - nesta última categoria: a do empreendimento colegiado, no qual a interação e deliberação é essencial para o alcance da melhor decisão.¹⁸⁹

A rigor, a decisão colegiada deve resultar da deliberação de seus integrantes quanto ao resultado (que constituirá o dispositivo) e também quanto à fundamentação da decisão. Com isso, quem age, ainda que por meio dos integrantes do grupo, é o ente coletivo, isto é, a Corte.

É possível, por conseguinte, compreender a expectativa de que juízes integrantes de um órgão colegiado comportem-se segundo a ética da colegialidade, que adaptem seu comportamento ao dever de julgar coletivamente, que interajam e deliberem de sorte a alcançar a melhor resposta possível para determinado problema e, finalmente, que logrem transmutar as variadas posições individuais (“os muitos”) no julgamento institucional da Corte (“em um”) - o que não significa que os desacordos internos estejam impedidos de ser externados mediante votos dissidentes ou concorrentes.¹⁹⁰

Tais observações tem o condão de demonstrar que o julgamento colegiado levanta complicações teóricas que, a rigor, não existem no julgamento monocrático. Uma ordem relevante de problemas é de cunho operacional: como converter as variadas posições individuais num julgamento institucional? Qual o formato tal decisão deve assumir e qual a técnica de redação da decisão colegiada?¹⁹¹

¹⁸⁸ Em algumas situações, ver-se-á a seguir, certas Cortes com baixo potencial deliberativa podem ter a feição do empreendimento redundante, tal como sucede com certa frequência no STF.

¹⁸⁹ Em que pese isso, muitas vezes as Cortes atuem muito mais como se tratassem de empreendimento redundantes.

¹⁹⁰ KORNHAUSER; SAGER, *The one and the many*, p. 1–2.

¹⁹¹ Veja-se o raciocínio dos autores: “They are expected to adjust their formal and informal behavior as judges to the fact that they have power to adjudicate cases not individually, but only collectively as a court. Judges have been largely unreflective about the nature of their collegial relationships and responsibilities; even when they are called on to consider events that render these matters highly problematic. Theorists, for their part, while renouncing

Diante de tal ordem de problemas, alguém poderia levantar críticas à opção pelo julgamento colegiado em detrimento do monocrático.¹⁹²

De fato, conquanto seja possível eleger o julgamento monocrático como paradigma,¹⁹³ diversas são as justificativas (de ordem deliberativa ou não) pelas quais o julgamento coletivo pode ser benéfico, notadamente em Cortes de Precedentes.

Primeiramente, Conrado Hübner Mendes agrega justificativas para se optar pelo julgamento colegiado ainda que não se adote a deliberação como procedimento decisório (*deliberation-independent reasons*).¹⁹⁴ Vale dizer, o constitucionalista aponta os motivos pelos quais o julgamento colegiado, ainda que não pautado na deliberação, é vantajoso, a saber:

a) despersonalização: o julgamento colegiado tem o condão de desvincular a decisão da pessoa do julgador, transferindo-a para a Corte, que passa a ter uma identidade dissociada dos juízes que a compõe. Nas palavras do teórico, a “*rule of law*” prevaleceria sobre a “*rule of men*”, domesticando idiossincrasias individuais por meio da impessoalidade institucional.¹⁹⁵

b) prudência política: uma Corte deve adotar o julgamento colegiado por razões de prudência política, o que implica, em primeiro lugar, evitar o monopólio do poder nas mãos de um único magistrado e, consequentemente, prevenir abusos que daí poderia advir; em segundo lugar, fortalecer o colegiado para que esteja apto a resistir a pressões externas e a tomar decisões em situações carregadas de maior controvérsia.

c) interpretação do direito: há o reconhecimento de que a interpretação jurídica é uma tarefa complexa, devendo, pois, estar aberta a vários pontos de

oversimplification of the model of adjudication in many other respects, have rarely noted the collective nature of adjudication and the questions that flow from it.” (KORNHAUSER; SAGER, *The one and the many*, p. 2.).

¹⁹² MENDES, **Constitutional courts and deliberative democracy**, p. 63.

¹⁹³ Tanto que costuma ser o padrão nos julgamentos em primeiro grau de jurisdição.

¹⁹⁴ Resume-se neste ponto as quatro razões apresentadas em: MENDES, **Constitutional courts and deliberative democracy**, p. 63–64.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 63.

vista, bem como à eventual divergência a respeito da melhor interpretação a ser adotada.

d) possibilidade epistêmica: a qualidade das decisões tende a ser aprimorada pela presença de mais julgadores (já que, em termos de probabilidade, mais cabeças pensam melhor que uma), ainda que não haja deliberação entre eles.

Esses argumentos, portanto, serviriam de fundamento para se preferir o julgamento colegiado em detrimento do juízo monocrático, ainda que não haja deliberação entre os membros do colegiado, mas mera agregação de suas posições.¹⁹⁶

Se tais justificativas por si só já parecem bastante plausíveis, é preciso ir além, a fim de estabelecer as razões pelas quais uma Corte, e, mormente, uma Corte de Precedentes, deve perfilhar um procedimento decisional deliberativo ao invés de outra possível técnica decisória.

Nesse passo, no âmbito de opções de técnicas de julgamento de grupo, uma Corte poderia, em tese, optar por tomar decisões mediante mera barganha (negociações e compromissos que não são fundados em princípios compartilhados, mas sim em interesses pessoais), mediante a agregação das posições de cada um de seus componentes (somatório das preferências individuais manifestadas por votação) ou mediante a deliberação coletiva (compreensão, avaliação e discussão das variadas posições de modo a obter uma solução consensual ou, quanto menos, de menor cisão no colegiado).

Preliminarmente, os procedimentos decisórios pautados pela barganha identificam-se com algumas temáticas enfrentadas no capítulo anterior, notadamente quando se analisou os modelos atitudinal e estratégico. Segundo tais paradigmas, o processo decisório é orientado pela tentativa dos julgadores, enquanto atores racionais, de maximizar suas preferências pessoais de ordem ideológica ou política.

¹⁹⁶ É o que igualmente ponderam Kornhauser e Sager ao afirmar que “increasing the number of judges can improve judicial accuracy”: KORNHAUSER; SAGER, *The one and the many*, p. 97–100.

Contudo, consoante anteriormente advertido, referidos modelos de compreensão do processo decisório, embora, em tese, passíveis de utilização em diferentes contextos, são muito mais comuns na literatura norte-americana e, portanto, geralmente empregados à luz das peculiaridades da Suprema Corte dos Estados Unidos, onde há uma forte polarização dos membros do colegiado - entre liberais (*Justices* indicados pelo presidente Democrata) e conservadores (indicados pelo presidente Republicano).

É, por exemplo, o que demonstram Lee Epstein e Jack Knight a respeito do funcionamento da Suprema Corte dos Estados Unidos. Tais autores descrevem os *Justices* como personagens estratégicos, cujo comportamento ao longo das fases do processo decisório é encarado como uma atuação destinada à maximização de suas predileções de fundo político. Logo, na visão dos autores, desde o exame dos pedidos de *certiorari* - para a formação do *docket* da Corte -, passando pela batalha para formação de uma coalizão majoritária, até a conclusão da redação final da *opinion*, os *Justices* precisam interagir com os seus pares, o que geralmente exige certa medida de barganha, negociações e compromissos não fundados em razões jurídicas.¹⁹⁷

Já em Cortes Supremas menos divididas ideológica e politicamente, tal como é o caso da canadense - e supostamente da brasileira¹⁹⁸ -, o nível de consenso tende a ser maior e, de certa forma, menos suscetível a decisões decorrentes de negociações fundadas em orientação partidária.¹⁹⁹

De qualquer sorte, como parece evidente, a noção de barganha e de negociação da decisão à luz de interesses extrajurídicos denota-se de todo

¹⁹⁷ EPSTEIN; KNIGHT, **The choices justices make**.

¹⁹⁸ Embora, em sentido contrário, haja estudo no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade demonstrado “fortes indícios de que os ministros nomeados por um mesmo Presidente tendem a comportar-se como um grupo coeso. Assim, verificamos que os ministros nomeados por um mesmo Presidente são mais propensos a votar em conjunto do que a dividir os seus votos e que a coesão verificada entre os ministros nomeados por um mesmo Presidente é maior que a coesão da corte de maneira geral.” (OLIVEIRA, Fabiana Luci de, Processo decisório no Supremo Tribunal Federal Coalizões e “Panelinhas”, **Revista de Sociologia e Política**, v. 20, n. 44, p. 139–153, 2012, p. 152).

¹⁹⁹ GREEN, Andrew; ALARIE, Benjamin, Should they all just get along? Judicial ideology, collegiality, and appointments to the Supreme Court of Canada, **University of New Brunswick Law Journal**, v. 58, p. 73–91, 2007.

incompatível com o postulado de que a atuação do julgador deve ser necessariamente imparcial e sua decisão embasada em fundamentos jurídicos. Por conta disso, soluções coletivas fundadas pura e exclusivamente na negociação são contrárias à expectativa argumentativa e de respeito aos princípios do Estado de Direito que recai sobre uma Corte Suprema.²⁰⁰

Por sua vez, quanto ao caminho agregativo, não parece tão simples assim descartá-lo *prima facie*. É preciso compreender como a agregação pode desenrolar-se.

Em primeiro lugar, poder-se-ia cogitar a agregação, mediante votação, de interesses individuais brutos, isto é, somatório das posições particulares e egoísticas de cada julgador sem qualquer atenuante e sem que sejam submetidas ao exame parcimonioso e à depuração que a discussão em grupo proporcionaria. A objeção a tal mecanismo agregativo é que se incorreria nas mesmas objeções que excluem a barganha como método decisório adequado à expectativa argumentativa que se tem sobre uma Corte.²⁰¹

Dando continuidade, o ponto crucial, como aponta Mendes, passa a ser o de decidir entre as duas outras possibilidades que sobejam: agregar as posições individuais que foram objeto de prudente reflexão individual e isolada de cada julgador ou, *alternativamente*, promover a deliberação do colegiado (isto é, a compreensão, avaliação e discussão coletiva das potenciais soluções para determinado caso), para, daí então, caso remanesçam desacordos e posições inconciliáveis, empregar o mecanismo agregativo.²⁰²

É este o questionamento essencial a ser respondido e que se revela fundamental para a compreensão da prática decisória do STF mais adiante:

... deve um grupo de juízes preferir agregar os seus voto de imediato, ou deveriam, em primeiro lugar, se envolver na deliberação e submeter as suas posições iniciais ao o filtro deliberativo? Por que agregação após deliberação em vez de agregação sem qualquer tom de deliberação?²⁰³

²⁰⁰ GIBSON, Judicial institutions, p. 552.

²⁰¹ MENDES, *Constitutional courts and deliberative democracy*.

²⁰² ZURN, *Deliberative democracy and the institutions of judicial review*, p. 73–76.

²⁰³ MENDES, *Constitutional courts and deliberative democracy*, p. 65.

Levando-se em conta os benefícios anteriormente indicados pelos teóricos da democracia deliberativa, parece lícito concluir que o procedimento deliberativo constitui a alternativa ideal a ser seguida por uma Corte de Precedentes.

Ainda que a opção pela mera agregação das posições isoladamente formadas de cada julgador seja possível (como acontece no STF), isso significa abrir mão das diversas promessas da deliberação.

Ora, conforme antes narrado, a deliberação consiste na discussão pautada na argumentação criteriosa, na consideração crítica e respeitosa das posições em jogo e, por fim, na seriedade quanto à tomada de decisão.

Logo, uma deliberação efetiva abrange o exame cuidadoso de um dado caso, a identificação das imagináveis soluções, o estabelecimento de critérios de avaliação, bem como a utilização desses critérios para detectar o melhor resultado possível.²⁰⁴

Outorgando solidez à argumentação, Kornhauser e Sager enumeram três maneiras pelas quais a deliberação pode afetar benéficamente o processo decisório.²⁰⁵

Em primeiro lugar, isso se dá pela exposição dos membros do colegiado a uma gama mais ampla de possíveis resultados e suas conseqüentes justificativas.

Em segundo lugar, a deliberação pode servir para dissuadir determinado membro do colegiado a alterar seu ponto de vista preliminar em decorrência do contato com melhores argumentos. A ideia que preside tal enfoque é a de que a deliberação buscaria eliminar déficits de cognição do colegiado mediante o intercâmbio de diferentes perspectivas que se complementariam reciprocamente.

Para compreender tal fenômeno, é possível pensar na situação em que o magistrado, no bojo da deliberação, passa a ter uma compreensão mais

²⁰⁴ GASTIL, John, **By popular demand: revitalizing representative democracy through deliberative elections**, Berkeley: University of California Press, 2000, p. 22.

²⁰⁵ KORNHAUSER; SAGER, *Unpacking the Court*, p. 100–102.

abrangente do problema em si, o que não havia alcançando mediante a reflexão individual.

É plausível ainda que o julgador passe a ter um entendimento mais abrangente acerca das consequências da adesão a determinada solução, levando-o, assim, a abandonar sua posição primitiva. Portanto, aqui o juiz isoladamente vislumbrou as potenciais soluções para certa disputa judicial, mas não os impactos que cada uma delas acarretaria.

Outra possibilidade seria a de expor o julgador a uma virtual ou já consolidada alternativa que este não havia cogitado por si só. É o que sucederia se o juiz viesse a cogitar determinada solução e fosse advertido pelo colegiado que a Corte conta com precedentes perfilhando linha de argumentação diversa.

Em terceiro lugar, a deliberação pode provocar em determinado juiz o desejo de acomodar sua posição individual ao conjunto de resultados que os demais membros do colegiado reputam aceitável.²⁰⁶

Em sentido análogo, Conrado Hübner Mendes sustenta que os valores intrínsecos e instrumentais que perpassam o ideal deliberativo justificariam a adoção de um procedimento decisório deliberativo nas Cortes Supremas, sobretudo o valor epistêmico (isto é, a potencialidade de a deliberação produzir melhores decisões).

Ora, a partir do momento que se adere à premissa de que, ainda que potencialmente, a deliberação é o mecanismo dotado de maior plausibilidade para a produção de melhores decisões coletivas, é mais do que válido concluir que, mesmo que tal expectativa não seja alcançada sempre, a mera tentativa já carrega um valor intrínseco.

Desta feita, mesmo considerando que a deliberação judicial ocasionalmente frustre as expectativas que nela são depositadas, ao rotinizar

²⁰⁶ Ao que parece, tal solução cogitada por Kornhauser e Sager pode identificar-se com o que Conrado Hübner Mendes denomina de consenso fundado em compromisso de parceria (partnership): “It can be morally laudable to concede to your interlocutor’s position if you are not sure about the right answer. It displays cognitive modesty and flexibility (...) in not having a firm conviction about the common good but agreeing on the soundness of other alternatives on the table, you defer for the sake of partnership and trust”. (MENDES, **Constitutional courts and deliberative democracy**, p. 28).

um agir marcado pela participação discursiva e interativa dos membros do colegiado, amplia-se a possibilidade de que decisões mais aprimoradas sejam produzidas.

Para além disso, aumenta-se a plausibilidade de que o colegiado profira decisões que reflitam o entendimento institucional, promova o respeito mútuo entre os participantes do processo devido à incorporação e consideração dos diferentes argumentos. Sobretudo, uma Corte Suprema que atinge um adequado desempenho deliberativo eleva sua legitimidade institucional.

Por fim, quanto ao benefício epistêmico, viu-se ao longo da presente discussão que o procedimento deliberativo tende a gerar decisões qualitativamente melhores, na medida em que serve para revelar as informações privadas de cada julgador, mitiga ou elimina a racionalidade limitada, induz a um modo particular de justificar as pretensões individuais, estimula a obtenção do consenso e, finalmente, aprimora as qualidades morais e intelectuais dos participantes.²⁰⁷

Portanto, é este o ideal a orientar o julgamento colegiado, em particular nas Cortes de Precedentes, cuja responsabilidade institucional é a de outorgar unidade ao direito.

²⁰⁷ ELSTER, John. Introduction. In: _____ (Ed.). **Deliberative democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 11.

3. DELIBERAÇÃO E PROCESSO DECISÓRIO NO DIREITO COMPARADO

“Internal deliberation is fundamentally about deciding what the Court should do: it is aimed at persuading fellow Justices or being persuaded by them to agree on a common action.”²⁰⁸

3.1. Introdução

No capítulo anterior respondeu-se, em abstrato, à pergunta relativa aos motivos pelos quais uma Corte mereceria privilegiar a deliberação e o esforço colegiado no intuito de alcançar melhores decisões.

Em síntese, tal como antes tratado, a deliberação e a colegialidade teriam o condão de promover o confronto de argumentos dentro do órgão colegiado, que, ao seu turno, leva à depuração dos melhores argumentos, ao estímulo à colegialidade e ao diálogo franco, à redução do dissenso, à despersonalização da decisão, ao maior controle do conteúdo da decisão e, por derradeiro, à redução da margem de subjetividade do julgador.

Isso vai ao encontro do que explicam Ferejohn e Pasquino, no sentido de que uma das similaridades das Cortes Supremas decorre do fato de que estas são instituições deliberativas, isto é, instituições cuja fonte de legitimidade reside em decisões fundamentadas decorrentes da depuração e aprimoramento proporcionado pela argumentação e deliberação coletiva. Portanto, a autoridade das Cortes reside, em última análise, na justificação que caracteriza suas decisões.²⁰⁹

Ao lado desta similaridade, cabe agora compreender, de forma particular, como algumas Cortes efetivamente funcionam, isto é, como se desdobra o processo de tomada decisão em determinadas Cortes e o espaço ocupado pela deliberação neste contexto.

²⁰⁸ FEREJOHN; PASQUINO, Constitutional adjudication, p. 1697.

²⁰⁹ FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale, Constitutional adjudication: lessons from Europe, *Texas Law Review*, v. 82, p. 1671–1704, 2003.

Logo, o interesse de análise aqui é a organização interna e as práticas deliberativas de determinadas Cortes escolhidas como modelos para a compreensão da dinâmica deliberativa. Para isso, examinar-se-á especialmente a fase procedimental em que sucede a deliberação em alguns exemplos de Cortes europeias e ainda na Suprema Corte dos Estados Unidos.

É preciso advertir, porém, que tal exame é feito em linha de extrema generalização, com a finalidade de traçar um panorama do funcionamento de tais Cortes, mas sem adentrar em minúcias procedimentais que não se revelem significantes para o desenvolvimento do tema.

Por conseguinte, este recorte deixa de lado outras etapas procedimentais, centrando-se unicamente na fase de tomada de decisão colegiada. Portanto, por procedimento deliberativo, dentro do recorte aqui proposto, deve ser compreendida a etapa concernente ao julgamento colegiado.

3.2. Procedimento e práticas deliberativas no modelo continental europeu

Embora seja arriscado pretender falar em um modelo europeu de tomada decisão colegiada, supondo que todos os sistemas judiciais possam ser reduzidos a um padrão decisório único, a presente análise é feita em linha de extrema generalização, de modo a identificar as principais estruturas e fases do procedimento decisório, que são comuns as Cortes a seguir identificadas.

Conforme restará claro no decorrer da exposição, é possível distinguir, de um modo geral, três momentos procedimentais: a fase escrita, na qual o caso chega à Corte e é distribuído ao magistrado relator para condução do caso e redação da decisão; a fase oral, dedicada à sustentação oral; e, por fim, a fase de deliberação e julgamento, embora se notará que a deliberação flui por diferentes etapas e em diferentes intensidades.

3.2.1 A divisão do trabalho no colegiado

De um modo geral, as Cortes europeias contam com uma fase inicial de divisão do trabalho semelhante ao que sucede no sistema recursal brasileiro, no qual o juiz relator ocupa um papel primordial. Compreender a função do relator é um pressuposto para se avançar no entendimento da dinâmica do processo decisório nas Cortes europeias a seguir analisadas.

Portanto, um primeiro aspecto a ser examinado diz respeito a tal divisão interna do trabalho em algumas Cortes escolhidas como representativas do modelo continental europeu.

Como será demonstrado adiante, na Suprema Corte dos Estados Unidos permanece a tradição de que todos os magistrados devem tomar conhecimento e analisar o caso desde o momento inicial; a designação do “redator” da decisão (e não do relator) será feito apenas num momento posterior à sessão privativa de deliberação. Isto contrasta expressivamente com o modelo continental europeu, no qual os autos processuais (nos quais se encontram documentadas as alegações das partes e todo o acervo probatório) são examinados pelo relator (ou por quem lhe faça as vezes) antes do momento formal da deliberação colegiada.

Logo, com a escolha do relator, os demais membros do colegiado decidirão preponderantemente a partir daquilo que lhes é relatado.

Por isso, é preciso compreender que o papel do relator - e algumas de suas variações - é fundamental diante do volume de trabalho de determinadas Cortes.

Isso é relevante, na medida em que, enquanto a Suprema Corte dos Estados Unidos, do Reino Unido e algumas Cortes europeias²¹⁰ decidem um

²¹⁰ O Tribunal Constitucional Alemão decide pouco mais de 100 casos por ano, ao passo que a Corte Constitucional Italiana decidiu um total de 376 casos em 2010, sendo 210 ações diretas de constitucionalidade. V. a respeito: FARAGUNA, Pietro, Report on the Italian Constitutional Court's Case Law, **Revus - Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law**, n. 16, p. 127-138, 2011; ROGOWSKI, Ralf; GAWRON, Thomas, **Constitutional Courts in Comparison: The U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court**, New York: Berghahn Books, 2002.

número relativamente baixo de casos anualmente, grande parte das Cortes europeias – tal como a Corte Europeia de Direitos Humanos, a Corte Europeia de Justiça, o Conselho de Estado Francês e a Corte de Cassação Francesa – convivem com um contínuo aumento de seu volume de trabalho.

Diante disso, a estruturação do trabalho a partir do modelo de relatoria encontra justificativa na necessidade de tais Cortes em racionalizar o trabalho e prestar tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável.

Logo, a função do relator ajuda preservar um arranjo institucional baseado em decisões colegiadas e concomitantemente dispensa o trabalho multiplicado na fase inicial, tal como dar-se-ia se cada um dos membros do colegiado tivesse que realizar individualmente o estudo de todos os casos afetos à Corte. Assim, delega-se exclusivamente a um dos magistrados tal tarefa (algumas vezes auxiliado por um funcionário específico do Tribunal) .

Juristas anglo-americanos criticam tal modelo por suas feições individualistas e antideliberativas, sobretudo por conta do argumento de que o relator prepara a decisão antes da sessão de deliberação e julgamento e, portanto, sem a discussão com o seus pares. Sob este enfoque, o modelo estimularia a decisão de um só juiz (*“one-man opinion”*), eis que, não raramente assoberbados de trabalho, os demais julgadores podem não dispor de tempo hábil para uma reflexão mais profunda sobre o caso do qual não estejam diretamente encarregados.²¹¹

De fato, a possibilidade do relator de influenciar o que virá a ser decidido pelo colegiado é talvez o seu maior poder.²¹² Isso outorga a ele a

²¹¹ MOLINARI, John B., The Decisionmaking Conference of the California Court of Appeal, **California Law Review**, v. 57, n. 3, p. 606–614, 1969, p. 610; TRAYNOR, Roger J., Some open questions on the work of state appellate courts, **The University of Chicago Law Review**, p. 211–224, 1957, p. 217.

²¹² “É o exemplo que se extrai da Corte Constitucional Italiana: ”La prassi della Corte è di decider sulla proposta finale del relatore; talvolta, se è emersa una questione preliminare (per esempio, di ammissibilità) si vota prima sulla proposta del relatore in ordine a questa e poi, se è il caso, sulla proposta di merito. Se il relatore ha prospettato diverse soluzioni, indicandole in un ordine di preferenza, si segue quest’ordine. Si può dire che sia questo il maggior potere di cui dispone il relatore, la cui personalità può talora pesare nel condurre alla formazione di una maggioranza nel senso da lui prospettato.” (CORTE

oportunidade de apresentar o caso de acordo com suas preferências e impressões pessoais, omitir ou enfatizar determinados aspectos fáticos ou questões jurídicas da lide que lhe interessa, aplicar ou silenciar a respeito de precedentes e, em última análise, apresentar estrategicamente uma solução do caso de modo a conquistar a opinião de seus pares ou até mesmo confiar que os demais membros do colegiado, por conta do excesso de trabalho, não terão tempo ou interesse em dedicar-se a uma maior reflexão sobre o caso relatado.

213

Portanto, é mais do que lícita a indagação se a decisão final é verdadeiramente fruto de uma deliberação colegiada ou, ao contrário, se prepondera a vontade do relator revestida da chancela meramente formal do colegiado.

No entanto, essa ilação não é procedente no modelo continental europeu em decorrência de alguns predicados da dinâmica colegiada, que exige que o relator, ao longo do procedimento, delibere com seus pares. Vale dizer, o processo decisório é marcado por interações deliberativas envolvendo o relator e os demais integrantes do colegiado, bem como outros personagens presentes em certos arranjos institucionais. Para tanto, a compreensão da função do relator na condução do processo revela bastante sobre a interação colegiada – formal ou informal – que sucederá ao longo do procedimento decisório.²¹⁴

COSTITUZIONALE, **Che cosa è la Corte Costituzionale**, 4. ed. Roma: Ufficio Stampa, 2012, p. 49).

²¹³ Por isso fundamental que as partes possam manifestar-se previamente sobre o relatório que será submetido ao colegiado, tal como sucede na Corte Europeia de Justiça, v. SCHERMERS, Henry G.; WAELBROECK, Denis F., **Judicial protection in the European Union**, 6. ed. The Hague: Kluwer, 2001, p. 731.

²¹⁴ Pelo termo sessão de deliberação - que apenas parcialmente equivale à sessão de julgamento presente no sistema brasileiro - refere-se aqui à fase do processo decisório em que os membros do colegiado formalmente reúnem-se para deliberar sobre o caso, podendo coincidir ou não com a fase em que se profere publicamente o julgamento do caso. Cabe mencionar, neste particular, o fato de que, no modelo continental europeu, as decisões, como regra geral, são tomadas em sessões de deliberação fechadas ou sigilosas, o que contrasta fortemente com o modelo de deliberação judicial visto no Brasil. Para uma compreensão, ainda que em linha de extrema generalização, da deliberação no processo decisório no âmbito do modelo continental europeu, empregar-se-á o termo da sessão de deliberação como momento formalmente previsto nos procedimentos decisórios doravante examinados. Em determinadas Cortes, pode haver uma sessão para deliberação e outra para

Com essa observação, interessa notar que a designação do relator é geralmente feita pelo presidente do tribunal ou do órgão colegiado, tal como se passa na Corte Constitucional Italiana²¹⁵ e na Corte Europeia de Justiça.²¹⁶

Dependendo da Corte, porém, os casos são distribuídos de forma rotativa pelo presidente de tribunal, pelo presidente do órgão colegiado ou pelo secretário da Corte.²¹⁷ Na Corte Europeia de Direitos Humanos e no Conselho Constitucional Francês, um sistema de distribuição alternada é empregado para garantir uma forma igualitária e imparcial de distribuições de casos; assim, todos os magistrados revezam-se na função de relatores. Em outras Cortes, por outro lado, a designação do relator pode ser orientada pela experiência do magistrado em determinadas matérias. Portanto, um sistema para a seleção de relatores é escolhê-los baseado na sua específica área de expertise, como sucede no Tribunal Constitucional Alemão.²¹⁸

No que diz respeito à atribuição do relator, sua função primordial é a de preparar um relatório interno para discussão preliminar do colegiado e a minuta da decisão que será submetida à futura deliberação. O relatório, que é um documento interno e dotado de caráter pessoal, tem por finalidade apresentar a síntese dos fatos, dos argumentos apresentados pelas partes e dos principais desdobramentos processuais. Deve ainda tratar das normas

julgamento do caso. Isso difere do STF, no qual na mesma sessão há sustentação oral, deliberação e julgamento.

²¹⁵ CORTE COSTITUZIONALE, **Che cosa è la Corte Costituzionale**, p. 44.

²¹⁶ “There is no division of tasks between the chambers nor among the judges. The president will assign the cases in the rotation to the judges, but must also ensure that a fair distribution of the workload takes place among judges. The President of the Court can, in so doing, assign cases whose subject matter is related to the same chamber, irrespective of the date of their registration.”(SCHERMERS; WAELBROECK, **Judicial protection in the European Union**, p. 675).

²¹⁷ Como é o caso *Registar* na Corte Europeia de Direitos Humanos

²¹⁸ KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russell A., **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany: Revised and Expanded**, 3. ed. Durham: Duke University Press, 2012, p. 26; VANBERG, Georg, **The politics of constitutional review in Germany**, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 92.

aplicáveis, responder aos argumentos das partes e apresentar, ainda que em linhas gerais, a fundamentação do projeto do *decisum*.²¹⁹

Aspecto merecedor de destaque é que, diante da hipótese de que o colegiado não concorde com o projeto de decisão, o relator, para fins de economia processual, pode optar por elaborar mais de uma proposta - na expectativa de que alguma delas venha a angariar a concordância da maioria.²²⁰

E isso, conforme será mais bem compreendido, decorre do fato de que o relator tem a missão de redigir uma proposta que seja obrigatoriamente aceita pela maioria do colegiado na sessão de deliberação. Ora, como a maioria das Cortes a seguir estudadas não permite a divulgação do dissenso, mas apenas o voto institucional da Corte (*per curiam*), acaba tornando-se um encargo do relator buscar acomodar as posições dos demais membros do colegiado antecipadamente à sessão de julgamento, de sorte a alcançar a adesão majoritária.

Outro fator crucial é que, caso não atinja este objetivo, o relator não se torna “vencido” tal como sucederia no julgamento colegiado no Brasil, com a natural designação de outro membro do colegiado para redigir o acórdão. No modelo continental europeu, o relator que não consegue a aprovação da maioria - e, portanto, tem sua proposta rejeitada pelo colegiado na sessão de deliberação - terá de reescrever o voto, conformando-o à vontade majoritária.²²¹

Dado que ter sua proposta de decisão recusada demanda um retrabalho, bem como um natural desprestígio, o relator tem um evidente incentivo para deliberar antecipadamente com seus pares - seja formal ou informalmente -, e, desse modo, projetar uma minuta que venha a ser acolhida pelo colegiado.

Nesse cenário, é almejado que, ao final da sessão de deliberação, o colegiado esteja pronto para acolher a proposta do relator, tanto no que diz

²¹⁹ LASSER, **Judicial deliberations: A comparative analysis of transparency and legitimacy**, p. 48.

²²⁰ *Ibid.*, p. 50–51.

²²¹ CORTE COSTITUZIONALE, **Che cosa è la Corte Costituzionale**, p. 50–51; ROMBOLI, Roberto, La tipologia de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental, **Revista española de derecho constitucional**, v. 16, n. 48, p. 35–80, 1996, p. 44.

respeito ao dispositivo²²² quanto ao texto final do julgamento, na qual a motivação é consignada.²²³

Justamente por isso, em que pese a noção de que a deliberação sucederá num momento final do processo decisório - que se inicia com o trabalho isolado do relator e encerra-se no debate colegial -, uma outra realidade se manifesta no que diz respeito à deliberação judicial nas Cortes europeias.

Trata-se de um arranjo institucional no qual o protagonismo do relator é, em realidade, mitigado por interações deliberativas segmentadas ao longo do processo de tomada de decisão; algumas vezes, interações do relator com o colegiado (informalmente ou nas sessões preparatórias); outras, com determinado membro da Corte, tal como aquela que sucede pela intervenção do revisor (Conselho de Estado Francês), do jurisconsulto (Corte Europeia de Direitos Humanos) ou do “*advocate general*” (Corte Europeia de Justiça).

Tome-se esta última Corte a título de exemplo: com a elaboração do memorando e da proposta de decisão pelo relator, tais documentos são submetidos ao “*advocate general*”²²⁴ para comentários e sugestões e, apenas posteriormente, aos demais membros do colegiado. Logo, no procedimento perante a Corte Europeia de Justiça - no qual, após a fase escrita (onde as partes litigantes expõem suas pretensões, defesas e eventuais provas, conforme se trate de um procedimento em fase inicial ou recursal) -, o colegiado se reúne

²²² Conforme, por exemplo, determina o art. 87, “n”, das Rules of Procedure da Corte Europeia de Justiça.

²²³ Ver o exemplo do sistema da Corte de Cassação Francesa exposto por: LASSER, **Judicial deliberations: A comparative analysis of transparency and legitimacy**, p. 50-51.

²²⁴ Como será melhor explicado adiante, o “*advocate general*” é um membro da Corte Europeia de Justiça (art. 252 do Tratado de Funcionamento da União Europeia) que exerce uma função opinativa nos julgamentos, emitindo pareceres sobre as disputas, de forma independente e imparcial. Logo, ele não representa as partes, o Estado ou quaisquer entes públicos. Por isso, não se deve confundir essa figura com o “advogado-geral” presente na realidade brasileira (o que uma tradução literal poderia sugerir), tampouco com o Ministério Público, embora haja semelhanças com o papel exercido por este na sua atuação como *custos legis*. Ao mesmo tempo, mesmo sendo membro da Corte, ele não exerce função jurisdicional, mas meramente opinativa. Usar-se-á sempre o termo em inglês (“*advocate general*”) para evitar a confusão do leitor com o advogado-geral da União presente no sistema brasileiro.

para uma rodada de deliberação preparatória (sessão plenária),²²⁵ baseada na atuação cooperativa entre o relator e o “*advocate general*”.²²⁶

Assim, contrariamente a ideia de que o modelo estruturado na relatoria geraria uma “*one-man opinion*”, em certas Cortes verifica-se a mitigação do protagonismo do relator, na medida em que este se envolve em deliberações segmentadas e preparatórias com seus pares ou com outros personagens que tomam parte no processo decisório.

Por isso, o interesse aqui de compreender, ainda que de forma panorâmica, as práticas e procedimentos que informam esta deliberação externa ao âmbito específico da sessão formal de deliberação colegiada, mas que é determinante para o processo decisório.

3.2.2 A fluidez das interações deliberativas

Conquanto prevaleça a imagem corriqueira de que a deliberação judicial é confinada à sessão de julgamento, na qual o colegiado, em sua íntegra, se reúne especificamente para decidir o caso, é possível notar que certas manifestações de interação deliberativa - sejam formais ou informais,

²²⁵ A “sessão plenária” preparatória na Corte Europeia de Justiça não tem o mesmo sentido da sessão plenária das Cortes brasileiras.

²²⁶ “Once the written procedure is complete, the Rapporteur prepares his preliminary Report for the Court (in French). The draft report is sent to the Advocate General for comment, amended if necessary, and then circulated to the other members of the Court. The working rule is that the Report for the Hearing should be ready at the same time as the Preliminary Report. It is sent for translation into the language of the case once the Court has taken a decision on the Preliminary Report. The Preliminary Report is a purely internal document. Its form varies from judge to judge. The main purpose, as the Rules of Procedure suggest, is to tell the other members of the Court what the case is about and to make recommendations as to how it should be dealt with. Normally, after a brief introduction which seeks to encapsulate the point of the case, the Report summarizes the legal and factual background and the submissions of analysis of the issues in the case as they saw them. Nowadays, judges have neither the time to prepare nor the time to read long reports and the observations of the Rapporteur do not normally extend beyond a few paragraphs.” (EDWARDS, op. cit., p. 551).

seja do colegiado ou do relator com outros personagens - já se iniciam logo após a designação do juiz relator.²²⁷

Tais deliberações são algumas vezes decorrentes do arranjo institucional de determinada Corte, que cria canais formais de deliberação; em outras situações, decorrem de razões claramente informais, que muitas vezes resultam de práticas arraigadas na cultura institucional.

Assim, nem sempre a deliberação é projetada pelas normas processuais ou pela organização interna da Corte, tampouco restrita à sessão de deliberação colegiada.

Como assinalado preliminarmente, no modelo continental europeu, a deliberação deriva de uma prática motivada pelo incentivo que o relator tem para deliberar antecipadamente com seus colegas, de modo a projetar uma decisão aceitável pelo colegiado e que gerará o pronunciamento *per curiam*.

Alguns exemplos podem ilustrar melhor tais hipóteses.

No âmbito do processo decisório do Tribunal Constitucional Alemão, é fundamental que o relator, antes da sessão sigilosa de deliberação, interaja informalmente com seus pares, de modo que possa captar as posições a respeito do caso e, assim, redigir uma proposta de decisão (*votum*) que venha a prevalecer por ocasião da sessão de deliberação.²²⁸

Na Corte Constitucional Italiana, um estudo prévio do caso a ser julgado (denominado *ricerca*) é circulado pelo relator antes da sessão de deliberação, de sorte que os demais membros da Corte tomem ciência prévia do assunto a ser debatido. Uma primeira sessão de deliberação servirá para a discussão do caso à luz da *ricerca* (e não à luz da minuta da decisão em si) e para a tomada de decisão, ainda em linhas gerais. É apenas depois disso que se

²²⁷ V., por exemplo, a estrutura procedimental da Corte Europeia de Justiça, com informação disponíveis em: <http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/court-justice/index_en.htm> Acesso em 16 jun. 2014. Para uma perspectiva da Corte de Cassação Francesa, v. LASSER, **Judicial deliberations: A comparative analysis of transparency and legitimacy**, p. 28–61.

²²⁸ KOMMERS; MILLER, **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany**, p. 28; VANBERG, **The politics of constitutional review in Germany**, p. 91.

iniciará a fase redação do texto da decisão pelo relator, que será submetida ao crivo do colegiado em uma subsequente sessão de deliberação.²²⁹

Na Corte Europeia de Justiça, as deliberações sucedem desde o início do procedimento entre relator e “*advocate general*”, cuja função, adiante explicada, é múltipla e de crucial relevância no processo decisório.

No Conselho de Estado Francês, ao mesmo tempo em que se designa o relator também se designa o revisor, que funcionará como o responsável pelo controle de qualidade da decisão.²³⁰ Conforme explica Bell, após a conclusão do relatório e da minuta da decisão, o relator submete tais documentos à revisão. Cabe ao revisor analisar e identificar quaisquer falhas e debilidades na decisão, podendo sugerir mudanças e correções.²³¹ Com a incorporação das sugestões do revisor, o relator faz circular o texto entre os membros do colegiado. É raro que o relator se oponha a sugestões do revisor, notadamente porque tradicionalmente os relatores são designados dentre os juízes menos experientes do colegiado, ao passo que os revisores são escolhidos entre os mais antigos. Logo, costumeiramente, a posição do revisor é levada em consideração.²³²

Outro exemplo interessante é o que sucede na Corte Europeia de Direitos Humanos, cuja fase anterior à sessão de deliberação apresenta particularidades dignas de referência. A Secretaria do Tribunal (*Registry*) é responsável, dentre outras coisas, por auxiliar os juízes na atividade judicante, dando suporte jurídico e administrativo.²³³ De acordo com dados da Corte

²²⁹ CORTE COSTITUZIONALE, **Che cosa è la Corte Costituzionale**, p. 46–50.

²³⁰ BROWN, Lionel Neville; BELL, John, **French administrative law**, 5. ed. New York: Oxford University Press, 2003, p. 101–102.

²³¹ *Ibid.*, p. 102–104.

²³² *Ibid.*

²³³ “Judges also act as judge rapporteurs and, with the assistance of Registry lawyers, examine the applications introduced with the Court. (...) The Registry lawyers are responsible for preparing case files for examination by the Court. Their responsibilities therefore include handling all communication with the applicants relating to the complaints. Most of their time, however, is spent drafting the Court’s decisions and judgments under the instructions of the judge rapporteurs. Registry lawyers are also responsible for carrying out research – mostly relating to the domestic law of the Contracting Parties – on behalf of the judges and attending deliberations.” (ERDAL, Uğur; BAKIRCI, Hasan, **Article 3 of the European**

Europeia de Direitos Humanos, aproximadamente 640 funcionários vinculados à Secretaria do Tribunal, dentre os quais se incluem advogados (*registry lawyers*), funcionários administrativos e técnicos, além dos tradutores, dão suporte aos juízes.²³⁴ No que ora interessa salientar, de acordo com a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e com as Regras Processuais da Corte, os advogados vinculados à Secretaria do Tribunal (*registry lawyers*) podem exercer a função de relatores leigos (*non-judicial rapporteurs*), assistindo, assim, ao juiz relator.²³⁵

Na prática, todavia, é revelado que muitas vezes são os *non-judicial rapporteurs* - auxiliado por sua equipe de *registry lawyers* -, e não os juízes relatores, quem fazem o estudo prévio do caso, preparam o relatório e a proposta de decisão.²³⁶⁻²³⁷ Com isso, a função do juiz relator consiste muito mais em fazer o controle preliminar dos documentos elaborados por este corpo

Convention on Human Rights: a practitioner's handbook, Geneva: World Organization Against Torture (OMCT), 2006, p. 43-44)

²³⁴ Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/pages/home.aspx?p=court/howitworks&c=>>
Acesso em 05 fev. 2014.

²³⁵ Art. 24 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos: 1. The Court shall have a Registry, the functions and organization of which shall be laid down in the rules of the Court. 2. When sitting in a single judge formation, the Court shall be assisted by rapporteurs who shall function under the authority of the President of the Court. They shall form part of the Court's Registry.

Art. 18-A das Regras Processuais da Corte: Non-judicial rapporteurs. 1. When sitting in a single-judge formation, the Court shall be assisted by non-judicial rapporteurs who shall function under the authority of the President of the Court. They shall form part of the Court's Registry. 2. The non-judicial rapporteurs shall be appointed by the President of the Court on a proposal by the Registrar. Section Registrars and Deputy Section Registrars, as referred to in Rule 18 § 2, shall act ex officio as non-judicial rapporteurs.

²³⁶ "The single judge is assisted by a non-judicial rapporteur appointed by the President from amongst the senior lawyers in the registry." (HARRIS, David *et al*, **Law of the European Convention on Human Rights**, Hampshire: Oxford University Press, 2014, p. 120).

²³⁷ "The single judge procedure thus preserves the form of a judicial determination of each application, but in practice, in almost all cases, it is the non-judicial rapporteur who decides. The system thus requires that judges have a high level of trust in the professionalism and competence of the Registry, particularly their non-judicial rapporteurs." (FØLLESDAL, Andreas.; PETERS, Birgit.; ULFSTEIN, Geir, **Constituting Europe: the European Court of Human Rights in a national, European, and global context**, New York: Cambridge University Press, 2013, p. 33).

de advogados que integra a Secretaria do Tribunal - os quais, por ocasião do julgamento, serão objeto de deliberação pelo colegiado.²³⁸

Como a construção da proposta da decisão é feita em diferentes níveis dentro da estrutura orgânica da Corte - cabendo ao relator a função de controle e orientação deste trabalho -, cria-se um espaço para a discussão entre esse corpo burocrático de advogados do Tribunal e os juízes relatores.²³⁹

Além disso, na Corte Europeia de Direitos Humanos destaca-se a peculiar figura do jurisconsulto da Corte,²⁴⁰ cuja função nasce da necessidade de outorgar consistência e uniformidade às decisões da Corte. Como a legitimidade do Tribunal depende do respeito aos seus precedentes, cabe ao jurisconsulto monitorar e prevenir conflitos nesse âmbito.²⁴¹

Em face dessa função fiscalizatória, o jurisconsulto é encarregado de intervir preventivamente no processo de elaboração da decisão quando notar o potencial desrespeito a precedentes.²⁴²⁻²⁴³ Para tanto, compete-lhe informar ao presidente do colegiado para que tome as providências necessárias, quando,

²³⁸ A respeito da função do relator, v.: GREER, S. C., **The European Convention on Human Rights achievements, problems and prospects**, New York: Cambridge University Press, 2006, p. 164.

²³⁹ “The lawyers prepare files and analytical notes for the judge rapporteurs. They are also responsible for drafting decisions and judgments under the supervision of the judge rapporteur and the Registrar, responding to inquiries and investigating issues of national or international law relevant to the Court’s work. Their legal work is subject to different layers of review: first within the Registry itself by Heads of Division and the Registrars; then by the judge rapporteur (in Chamber or Grand Chamber cases); and ultimately by the Court itself.” (HARRIS *et al*, **Law of the European Convention on Human Rights**, p. 112–113).

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 126–127.

²⁴¹ PHLOGAITËS, Spyridōn I.; ZWART, Tom; FRASER, Julie, **The European Court of Human Rights and its discontents: turning criticism into strength**, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2013, p. 199.

²⁴² Art.18-B das Regras Processuais da Corte: “Jurisconsult - For the purposes of ensuring the quality and consistency of its case-law, the Court shall be assisted by a Jurisconsult. He or she shall be a member of the Registry. The Jurisconsult shall provide opinions and information, in particular to the judicial formations and the members of the Court.”

²⁴³ “As noted earlier, within the Court much time is devoted to ensuring consistency and coherence of the case law. There is an entire system of quality checks and even a specialist body, the office of the Jurisconsult, which comments beforehand on all draft judgments and Chamber decisions where consistency or coherence is at stake. However, even judges of the European Court are human.” (PHLOGAITËS; ZWART; FRASER, **The European Court of Human Rights and its discontents**, p. 48).

após discutir com o juiz responsável pelo caso a respeito do risco de desvio de precedentes, notar que nenhuma correção foi implementada.²⁴⁴

Vale destacar que esse fator institucional abre espaço para mais um canal para a deliberação interna da Corte. Ora, diante da fiscalização levada a efeito pelo jurisconsulto, o relator e o *non-judicial rapporteur* acabam sendo instigados a buscar um aprimoramento do trabalho (a fim de evitar erros e a censura do jurisconsulto); por outro lado, a Corte é estimulada a entrar em deliberação toda vez que é levantada a hipótese de potencial desconformidade da decisão ainda em elaboração com precedentes da Corte.²⁴⁵

3.2.3. O papel do “*rapporteur public*” e do “*advocate general*”

Sistemas judiciais influenciados pela tradição francesa contam com a intervenção do *rapporteur public* (Conselho de Estado),²⁴⁶ do *avocat général* (Corte de Cassação)²⁴⁷ e do *advocate general* (Corte Europeia de Justiça) no processo decisório.²⁴⁸ A função encontra-se presente ainda nas Cortes belgas e holandesas.

²⁴⁴ “The first stage is the scrutiny of the draft judgments and decisions as soon as the file is distributed to judges. This is done by a group of registry lawyers under the authority of the Jurisconsult collectively known as the CLCP – Case Law Conflict Prevention unit. Such scrutiny is of a continuous nature and must be completed within a tight deadline, since there is usually only one week between distribution of the files and the meetings of the Sections. Where a potential conflict is noted, the CLCP will draw it to the attention of the relevant President and Section Registrar. The Court’s registrars also discuss issues of consistency at the weekly meetings, flagging areas of dispute between the Sections. If the matter is not resolved in this manner, the issue may be referred to the Court’s Bureau, which is composed of the President, the five Sections Presidents, the Registrar, and Deputy Registrar. This may be done by the Sections Presidents themselves or by the Court’s Jurisconsult.” (HARRIS *et al*, **Law of the European Convention on Human Rights**, p. 126–127).

²⁴⁵ Sobre as reuniões preparatórias, v. item 3.2.4, *infra*.

²⁴⁶ BROWN; BELL, **French administrative law**, p. 104–106.

²⁴⁷ LASSER, **Judicial deliberations: A comparative analysis of transparency and legitimacy**, p. 28–61.

²⁴⁸ Embora possa haver pequenas variações em cada uma destas Cortes, todos exercem função opinativa nos julgamentos, emitindo pareceres sobre as disputas, de forma independente e imparcial. Logo, não representam as partes, tampouco o Estado ou quaisquer entes públicos. Por isso, não se deve confundir essa figura com o “advogado-geral” presente na realidade brasileira (o que uma tradução literal poderia sugerir), tampouco com o Ministério Público, embora haja semelhanças com o papel exercido por este na sua atuação como *custos legis*.

Por ora interessa chamar a atenção para o papel do *advocate general* na dinâmica decisória de algumas das Cortes representativas do modelo continental europeu. De um modo geral, a missão do *advocate general* é analisar o caso conjuntamente com o relator, de forma imparcial e independente, e apresentar seu parecer a respeito da decisão a ser tomada pelo colegiado.²⁴⁹ Tomando como referência o procedimento da Corte Europeia de Justiça, ao *advocate general* cabe apresentar parecer nas causas que demandam sua intervenção.²⁵⁰

Importa perceber que o *advocate general* proporciona maior discussão nesta fase de preparação da decisão que será submetida à deliberação da Corte. Embora não vote ou participe na deliberação colegiada (que é reservada aos juízes), é patente a relevância de sua função no processo decisório.

Primeiramente, a importância do papel do *advocate general* se revela nas interações deliberativas que mantém com o relator no início do procedimento e que, portanto, rompe a noção arraigada de que juiz relator é o protagonista na elaboração da proposta de decisão que irá ser submetida ao colegiado.

A deliberação entre o *advocate general* e o juiz relator é um padrão nas Cortes influenciadas pela tradição francesa.²⁵¹

Uma breve descrição do procedimento pode ser esclarecedora para destacar uma abertura deliberativa - entre relator e *advocate general* - que é externa e prévia à sessão de deliberação do colegiado. Para tanto, toma-se como exemplo o procedimento da Corte Europeia de Justiça.

Ao mesmo tempo, mesmo sendo membro da Corte, ele não exerce função jurisdicional, mas meramente opinativa. Usar-se-á sempre o termo em inglês ("*advocate general*") para evitar a confusão no leitor com o advogado-geral presente no sistema brasileiro.

²⁴⁹ LASSER, **Judicial deliberations: A comparative analysis of transparency and legitimacy**, p. 47.

²⁵⁰ V. art. 19, 2 do Tratado da União Europeia e art. 252 do Tratado Consolidado sobre o Funcionamento da União Europeia.

²⁵¹ V. a respeito: LASSER, **Judicial deliberations: A comparative analysis of transparency and legitimacy**, p. 28-61.

Tão logo o procedimento se inicia, nomeia-se o juiz relator e também um *advocate general* para atuar no caso.²⁵²

Conforme explica David Edward, antigo juiz da Corte, ambos são responsáveis por estudar e recomendar ao presidente a abordagem a ser adotada para disposição do caso. A rigor, o juiz relator e o advogado-geral são encarregados pela condução do caso ao longo dos vários estágios procedimentais - embora o primeiro seja o principal condutor do feito, ao passo que o segundo tenha uma função opinativa, além de conferência e controle.²⁵³

Após a fase escrita - na qual as partes litigantes expõem suas pretensões, defesas e eventuais provas, conforme se trate de um procedimento em fase inicial ou recursal -, o relator prepara um documento interno (e, portanto, não revelado publicamente) denominado relatório preliminar (*preliminary report*), em que apresenta os fatos da causa, descreve as principais questões jurídicas a serem decididas e, ademais, pode sugerir diligências ou atividades instrutórias que porventura entender necessárias. O relatório é então enviado ao *advocate general* para eventuais comentários ou sugestões e, finalmente, é circulado para os demais membros do colegiado.

Embora o relatório preliminar expresse a visão do relator e do *advocate general* a respeito do caso, nada obsta que haja divergência entre eles nesta interação deliberativa e que, em face disso, o este último apresente um relatório preliminar separado.²⁵⁴

Com o relatório preliminar, fruto da atuação cooperativa de ambos, a Corte (integrada pelos juízes, *advocates general* e o secretário da Corte) se reúne para uma rodada de deliberação plenária que antecede à sessão de julgamento.

²⁵² Disponível em: <http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/court-justice/index_pt.htm>. Acesso em 12 jun. 2014.

²⁵³ EDWARD, David, How the Court of Justice works, **European Law Review**, n. 20, p. 539-558, 1995, p. 549.

²⁵⁴ *Ibid.*, p. 552.

Nessa reunião,²⁵⁵ decide-se a respeito: a) do órgão fracionário a ser designado para o caso (se para o Tribunal Pleno ou para algumas das Câmaras); b) da necessidade de se instaurar a fase de instrução ou de se requerer eventuais diligências; c) da conveniência de se dispensar a fase oral do procedimento; d) finalmente, da necessidade de dispensa do parecer do *advocate general*.²⁵⁶

Tendo-se decidido pela abertura da fase oral, o relator deve apresentar outro documento denominando “relatório para a audiência” (*report for the hearing*), que sintetiza os fatos e argumentos das partes. Tal relatório, que costumava ser lido pelo relator antes da sessão, hodiernamente é entregue às partes e aos membros do respectivo colegiado antes da sessão.

Schermers e Walbroeck salientam que, como tal relatório é a base para o julgamento, é fundamental que as partes possam ter ciência do seu teor e, eventualmente, solicitar alterações e inclusões de informações relevantes.²⁵⁷

Uma manifestação de interação deliberativa de caráter informal destacada por estes autores sucede quando os advogados das partes são convidados a adentrar a sala de deliberação alguns minutos antes do começo da sessão de sustentação oral, a fim de que o colegiado sinalize os pontos que

²⁵⁵ Arts. 59 e 63 das Regras Processuais da Corte Europeia de Justiça.

²⁵⁶ De acordo com o art. 20 do Estatuto da Corte, a fase oral consiste no seguinte: “The oral procedure shall consist of the reading of the report presented by a Judge acting as Rapporteur, the hearing by the Court of agents, advisers and lawyers and of the submissions of the Advocate-General, as well as the hearing, if any, of witnesses and experts.

Where it considers that the case raises no new point of law, the Court may decide, after hearing the Advocate-General, that the case shall be determined without a submission from the Advocate- General.”

²⁵⁷ “According to the Statutes of the Court the oral procedure commences with the reading of the report presented by the Judge Rapporteur. The report gives a survey of the facts and of the submissions of the parties. As the final decision of the Court is largely based on this report, it is of importance to the parties that their submissions are correctly presented. If not, they may suggest the necessary amendments during the further oral procedure. The report of the Judge Rapporteur may be in a language other than that of the case. This would make it even more difficult to make the necessary corrections after only having heard the report read. In practice, the report is not read, but presented to the parties before the oral submissions. This can be of advantage to the parties, provided they have sufficient time to carefully read the report. Sometimes this is not the case”. (SCHERMERS; WAELBROECK, **Judicial protection in the European Union**, p. 731).

merecem especial esclarecimento na sustentação oral, tornando o ato processual mais produtivo.²⁵⁸

Durante tal sessão, que é dedicada à sustentação oral, permite-se que os procuradores das partes sejam interrompidos por questionamentos do relator, do *advocate general* e dos demais membros do colegiado, embora isso não seja comum no modelo continental europeu.²⁵⁹

Ao final da fase oral, o advogado-geral novamente exerce um papel fundamental, apresentando seu parecer (*opinion*), que, de acordo com a prática vigente, pode ser feito antecipadamente por escrito ou oralmente após as sustentações orais.²⁶⁰ Este ato do *advocate general* encerra tal fase procedimental,²⁶¹⁻²⁶² que passará à etapa decisória, marcada pela deliberação sigilosa do colegiado.

Antes de avançar, porém, interessa por ora compreender em maiores detalhes a função da *opinion* do *advocate general* no arranjo institucional europeu.

Conforme cita Cyril Ritter, a Corte Europeia de Justiça já decidiu que o parecer do *advocate general* “abre o estágio de deliberação da Corte”.²⁶³

Isso deriva, em grande medida, do entendimento sufragado pela Corte Europeia de Justiça de que os *advocates general* são membros plenos da Corte, tal como os juízes, não se tratando, portanto, de uma figura externa, tampouco se confundem com advogados públicos, promotores ou procuradores públicos presentes em outros sistemas judiciais.²⁶⁴

Ademais, o parecer do *advocate general* é uma peça dotada de robusta fundamentação a respeito das questões jurídicas do caso. Diferente de uma

²⁵⁸ SCHERMERS; WAELBROECK, **Judicial protection in the European Union**, p. 732.

²⁵⁹ *Id.*

²⁶⁰ SCHERMERS; WAELBROECK, **Judicial protection in the European Union**, p. 733.

²⁶¹ EDWARD, How the Court of Justice works, p. 542.

²⁶² V. art. 59 das Regras Processuais.

²⁶³ RITTER, Cyril, A new look at the role and impact of advocates-general - Collectively and individually, **Columbia Journal of European Law**, v. 12, p. 750, 2005, p. 757.

²⁶⁴ *Ibid.*

decisão judicial - que busca a decisão correta para o caso -, a *opinion* geralmente sugere mais de uma solução possível para o caso, o que abre um leque amplo de alternativas para alimentar a deliberação colegiada.

Por isso mesmo, é comum afirmar que o parecer do *advocate general* é o ponto de partida da deliberação colegiada.²⁶⁵ Mesmo quando não acolhido pelo colegiado, sua função passa a ser semelhante à de um voto dissidente.²⁶⁶

Nesta ordem de ideias, vale menção ao profundo estudo de Cyril Ritter a respeito das funções e utilidades da *opinion* do “*advocate general*” no processo decisório.²⁶⁷

Segundo tal autor, tal parecer carrega expressiva importância no contexto do processo deliberativo, haja vista que os fatos e argumentos das partes são apresentados em um nível de detalhamento maior do que no julgamento do colegiado.

Ademais, o parecer normalmente cita fontes que não são empregadas pelo colegiado, notadamente pela referência à doutrina e a decisões estrangeiras - daí dizer-se que uma das funções do advogado-geral é contribuir para a manutenção de um canal de interação entre a Corte e o âmbito acadêmico.

Outro aspecto merecedor de destaque é que, embora os julgamentos da Corte sejam geralmente restritos ao conteúdo mínimo necessário para julgar o caso, o *advocate general* comumente adota uma perspectiva mais ampla, já que

²⁶⁵ EDWARD, How the Court of Justice works, p. 555; SCHERMERS; WAELBROECK, **Judicial protection in the European Union**, p. 669.

²⁶⁶ “The opinions of the Advocates-General, to some extent, make up for the fact that the Court of Justice operates only at one instance. In each of these opinions is to be found a view on the case which is independent from that of the Court. The opinion of the Advocate-General helps the Court to solve the case in much the same way as the decision of a court ruling at first instance assists a court of appeal. It provides the starting point for the Court’s judgment. If the Court does not follow the opinion of the Advocate-General, then it plays the same role as the dissenting opinions of judges in some other courts: it presents the legal argument for the other point of view; this may be valuable for the further development of the Community legal order.” (SCHERMERS; WAELBROECK, **Judicial protection in the European Union**, p. 669).

²⁶⁷ RITTER, A new look at the role and impact of advocates-general - Collectively and individually, p. 758–764.

analisa criticamente a jurisprudência da Corte, a fim de garantir consistência, clareza e direcionar a Corte no sentido que reputa mais correto.²⁶⁸

Por fim, afirma-se que o parecer do *advocate general* enriquece a deliberação colegiada por oferecer um leque de possíveis soluções jurídicas para o caso em discussão, para além daquelas ventiladas pelas partes; como uma delas acaba sendo escolhida e outras rejeitadas, tal dinâmica permite que se possa compreender mais profundamente o entendimento da Corte. Vale dizer, a partir do parecer pode-se analisar quais alternativas a Corte considerou e quais conscientemente descartou.²⁶⁹

Neste particular, se a opinião do *advocate general* não existisse, os julgamentos pareceriam mais óbvios e unânimes do que realmente são. Ao fornecer perspectivas múltiplas a respeito das questões jurídicas submetidas à apreciação do colegiado, o parecer serve como uma forma de contrabalanceamento ao fato de que não se permite a apresentação de votos separados ou dissidentes.²⁷⁰ Logo, o parecer serve para facilitar a compreensão do processo decisório e, ao mesmo tempo, para expor as falhas e deficiências na fundamentação da decisão.

Com base nestes razões, Cyril Ritter afirma ser incontestável que o *advocate general* representa uma força motriz por detrás da mutação e da evolução na jurisprudência da corte.

Como será explicado mais detalhadamente no item a seguir, é diante do parecer do *advocate general* que se inicia a fase decisória na Corte Europeia de Justiça. Portanto, já se denota a importância do papel do *advocate general* dentro do arranjo deliberativo de algumas Cortes europeias, visto que o relator

²⁶⁸ *Ibid.*

²⁶⁹ Assim anota Lasser, no tocante ao “Advocate-general” na Corte Europeia de Justiça: “The AG Opinions therefore function as more than just amicus arguments that help the ECJ in a particular case. As documents published alongside the Court’s decisions, they become lasting and particularly visible elements of the doctrinal debates that swirl around the ECJ. In essence, the AG Opinions possess a certain intermediate status, appearing and being treated as simultaneously judicial and doctrinal.” (LASSER, **Judicial deliberations: A comparative analysis of transparency and legitimacy**, p. 128–129).

²⁷⁰ V. a respeito: *Ibid.*, p. 49–61.

normalmente começa a elaborar sua sugestão de voto após ter conhecimento do parecer do *advocate general*.

Reciprocamente, o *advocate general* começa a elaborar sua *opinion* - e, assim, efetivamente examinar o tema a ser decidido - depois de ter a oportunidade de ter discutido com o relator o *preliminary report* apresentado na reunião semanal do colegiado (na sessão plenária), assim como o *report of the hearing* preparado para a sessão de sustentação oral.

Logo, embora o *advocate general* não faça formalmente parte do colegiado e não participe da sessão sigilosa de deliberação, seu papel é essencial ao longo do processo decisório.

3.2.4. As sessões colegiadas preparatórias

Como antes mencionado, em determinadas Cortes, ocorrem sessões preparatória do colegiado, isto é, encontros formais que antecedem à sessão destinada propriamente à deliberação e julgamento do caso. O que se pretende ora demonstrar é que tais reuniões prévias configuram feições do arranjo institucional destinados a estimular a deliberação e nutrir o espírito colegial.

Tais reuniões visam: a) dar conhecimento aos membros do colegiado a respeito dos casos a serem futuramente julgados; b) promover o intercâmbio de ideias entre o colegiado, de forma a guiar o relator na redação da proposta de decisão; c) controlar a atuação do relator, de modo a evitar desvios em relação a precedentes da Corte ou a princípios gerais do direito; d) antecipar divergências que potencialmente manifestar-se-ão na sessão de deliberação e, por fim, e) buscar alcançar um consenso entre o colegiado.

É esta a hipótese, por exemplo, das sessões plenárias da Corte Europeia de Justiça.²⁷¹

Por envolverem todo o colegiado (bem como o presidente da Corte e o *advocate general*), a prática permite maior reflexão sobre os assuntos em jogo

²⁷¹ Arts. 25, 59 e 63 das Regras Processuais da Corte. Disponível em: <http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/court-justice/index_en.htm> Acesso em 16 jun. 2014.

em determinado caso. Por ocasião desta reunião, pode suceder que alguns integrantes do colegiado não tenham se debruçado sobre os documentos circulados previamente pelo relator ou, em caso positivo, o exame tenha sido de forma ainda superficial para formar a convicção. Com efeito, o colegiado toma conhecimento mais aprofundado do caso mediante a apresentação (seja escrita ou oral) feita pelo relator, normalmente acompanhada da exposição das questões jurídicas em disputa e da possível solução a ser dada.

A sessão, portanto, permite ao colegiado tomar ciência prévia da controvérsia e de como o relator projeta solucioná-la. Busca, ainda que de forma provisória, o alcance de um consenso antes da sustentação oral e da sessão de deliberação; ou, ainda, que sejam expostos pontos de vistas distintos daqueles apresentados pelo relator ou pelo “*advocate general*”.²⁷²

De mesmo modo, no Conselho de Estado Francês, os órgãos colegiados (*Sous-sections*) reúnem-se semanalmente nas sessões de instrução (*séance d’instruction*)²⁷³ para discutir os casos a serem futuramente julgados. É importante frisar que tal sessão, que é dotada de caráter formal, não se confunde com as interações deliberativas, de natureza mais informal, havidas no começo do procedimento entre o relator (que, como visto anteriormente, é um membro mais jovem do colegiado) e o presidente do colegiado ou o revisor.²⁷⁴

Trata-se aqui de uma sessão formal reservada para todos os membros dos órgãos fracionários da Corte (*Sous-sections*).

Cada caso pode tomar de 20 minutos até mesmo algumas horas, dependendo da complexidade da matéria e do nível de dissenso entre os magistrados. Usualmente, o relator abre a discussão, seguido do revisor, que pode manifestar sua divergência em relação à posição do relator.

²⁷² Logo, contempla-se aqui um espaço deliberativo ainda na formação da decisão colegiada. Dando conta disso, Edward exemplifica a hipótese em que os juízes presentes no General Meeting sugerem a inclusão de questões que deixaram de ser abordadas pelo juiz relator ou pelo “*advocate general*” no “*preliminary report*.” (EDWARD, *How the Court of Justice works*, p. 553).

²⁷³ BROWN; BELL, **French administrative law**, p. 103.

²⁷⁴ *Ibid.*, p. 101.

Basicamente o que ocorre neste momento é uma reprodução do que já aconteceu na fase inicial de deliberação - entre relator e revisor -, mas agora diante dos demais membros do colegiado, que não conhecem o caso em detalhes (à exceção do presidente do órgão colegiado ou daquele que atua como revisor).²⁷⁵ Ao viabilizar o exame das vantagens e desvantagens de cada possível solução, assegura-se o aprimoramento do julgamento colegiado. Nessa dinâmica, o presidente do colegiado estimula a contribuição dos demais membros e, durante todo o procedimento, há a ênfase na natureza colegiada da decisão, pela qual todos os membros da Corte são igualmente responsáveis.²⁷⁶ Conforme explicam Bell e Brown, a missão desta sessão preparatória no Conselho de Estado é ainda a de conferir se o relator examinou o caso adequadamente.²⁷⁷

Vale ainda ressaltar que, além de promover a deliberação do colegiado, as reuniões preparatórias têm o objetivo de promover o consenso a respeito de uma opção decisória, notadamente pelo fato de que a lógica decisória *per curiam*, afora pontuais exceções, vai exigir decisões tomadas unanimemente.

Por isso, ao final da deliberação, o presidente do colegiado irá questionar aos seus pares se concordam com as conclusões do relator; se não houver consenso, os autos são devolvidos ao relator para que apresente uma

²⁷⁵ “When the sessions opens, the only members of the Sous-section who will know anything at all about the cases coming before it will be the respective rapporteur and the president or other senior members of the Sous-section who have supervised their reports; the president will have read the dossiers and reports of all the cases and made his own notes and formed his preliminary opinions about them.” (*Ibid.*, p. 103).

²⁷⁶ “When a particular case is called on at the session (by the president), the *rapporteur* will read his report; this will take anything from 20 minutes or so to an hour or more, according to the complexity of the case and the prolixity of the *rapporteur*. The *réviseur* will then be invited to add his comments or to outline disagreements with the *rapporteur*. The report will then be discussed by the members of the Sous-section. The president will probably make the first contribution, but will rarely force his views on the Sous-section. The position of the president, especially at this stage of the proceedings, is an important one; he is something more than a chairman of the session, as he is also responsible for the proper conduct of the case, and most presidents recognize a responsibility to train the younger members of their Sous-section. The president will therefore frequently invite contributions, especially from the younger members of their Sous-sections. Throughout the procedure, there is an emphasis on the collegiate nature of the decision: all member of the Conseil d’Etat are equally responsible.” (BROWN; BELL, **French administrative law**, p. 103).

²⁷⁷ BROWN; BELL, **French administrative law**, p. 103- 104.

nova proposta numa futura sessão, embora se reconheça que tal possibilidade seja rara.²⁷⁸ Afinal de contas, antes da *séance d’instruction*, o relator já teve oportunidades informais de deliberar com seus pares (ao menos com o revisor e com o presidente do colegiado) a respeito da melhor forma de conceber a decisão. Ou seja, já buscou antecipadamente conhecer as posições de seus pares, de forma a elaborar uma decisão que as concilie dentro do que é factível.

Logo, resta claro que, na dinâmica do Conselho de Estado Francês, que serve de inspiração para outras Cortes europeias, antes da sessão de julgamento, os magistrados têm diferentes oportunidades de envolver-se em deliberações informais e formais com seus pares e, por conseguinte, de projetar uma decisão que seja um reflexo da colegialidade.

Algo bastante semelhante sucede na Corte Europeia de Direitos Humanos, nas reuniões semanais das Seções do Tribunal, nas quais se discutem preparatoriamente os casos - de forma sigilosa e sem a presença das partes ou de seus advogados.²⁷⁹

É também nesta reunião que se discutirá a respeito das comunicações feitas pelo jurisconsulto ao presidente da seção relativamente a um potencial conflito entre o projeto elaborado pelo relator com precedentes da Corte.²⁸⁰

Por isso, resta claro que os encontros preparatórios à sessão formal deliberação têm um papel essencial para a busca do consenso neste arranjo institucional.²⁸¹

3.2.5 Circulação do voto

²⁷⁸ BROWN; BELL, **French administrative law**, p. 104.

²⁷⁹ “They meet once a week to deliberate on the cases assigned to them. Section deliberations are confidential and are not attended by anyone other than the judges and members of the Registry.” (ERDAL, Uğur; BAKIRCI, Hasan, **Article 3 of the European Convention on Human Rights: a practitioner’s handbook**, Geneva: World Organization Against Torture (OMCT), 2006, p. 46)

²⁸⁰ HARRIS *et al*, **Law of the European Convention on Human Rights**, p. 126–127.

²⁸¹ V. item 3.2.9.

Enquanto algumas Cortes contam com sessões de deliberação preparatórias, como visto acima, outras operam com a metodologia de circulação antecipada do projeto de decisão. É o exemplo das práticas decisórias do Tribunal Constitucional Alemão,²⁸² Espanhol²⁸³ e o Italiano,²⁸⁴ pelas quais o relator submete a minuta da decisão aos demais membros do colegiado previamente à sessão de deliberação para que tomem ciência da proposta e eventualmente façam as considerações pertinentes.

A sessão de deliberação será, portanto, orientada por esta minuta ainda provisória, conforme explica Dieter Grimm:

No Tribunal Constitucional Alemão, sérias e amplas deliberações baseadas no longo memorando preparado pelo juiz relator são a regra. Embora os juízes possam inicialmente ter pontos de vista bastante diferentes sobre o caso, tenta-se alcançar uma decisão unânime, mas não a qualquer custo. Há a preferência por uma decisão unânime, mas não pressão e muito menos compulsão. A discussão importa.²⁸⁵

No Tribunal Constitucional Alemão, como resultado do aprimoramento proporcionado pela deliberação, o relator irá preparar uma versão final da decisão, que será mais uma vez circulada e submetida à revisão do colegiado para uma sessão subsequente, quando finalmente uma votação final é tomada.

²⁸² VANBERG, *The politics of constitutional review in Germany*, p. 91–92.

²⁸³ AHUMADA RUIZ, Maria Ángeles, La regla de la mayoría y la formulación de doctrina constitucional: Rationes dicidendi en la STC 136/1999, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 58, p. 155–188, 2000, p. 170–171.

²⁸⁴ CORTE COSTITUZIONALE, *Che cosa è la Corte Costituzionale*, p. 46.

²⁸⁵ GRIMM, Dieter. Some remarks on the use of dissenting opinions in Continental Europe, p. 2-3.

3.2.6 A sustentação oral

Ferejohn e Pasquino explicam que a sustentação oral, ainda que permitida, não é uma prática corriqueira nas Cortes Constitucionais europeias.²⁸⁶

A sustentação oral não acontece no Conselho Constitucional Francês e é bastante rara na Espanha, na Alemanha e na Itália. De fato, no Tribunal Constitucional Alemão, por exemplo, a sustentação apenas cabe em casos de maior relevância política.²⁸⁷

Na Itália apenas cerca de vinte por cento dos casos passam pela fase de sustentação oral, porém, é remota a interação discursiva entre juízes e advogados. Tem-se um padrão bastante semelhante à realidade brasileira, em que o relator apresenta sucintamente o caso ao colegiado mediante a leitura do relatório e, depois disso, os advogados das partes podem sustentar oralmente no prazo legal. Os membros do colegiado não interatuam com os advogados, tampouco entre si nesta sessão pública, de modo a expressar posições, questionamentos ou ponderações.²⁸⁸

Disso se nota que, no modelo europeu continental, a sustentação oral não ocupa o mesmo papel existente no sistema da *common law*,²⁸⁹ sendo geralmente dispensada ou, quanto menos, desempenhada como um ritual mecânico.

A tradição continental europeia dá menor importância à oralidade nesta fase, preferindo que as questões sejam apreciadas com base em documentos escritos ao invés de debates orais.²⁹⁰ Da mesma forma, as decisões são

²⁸⁶ “As we pointed out earlier, European courts tend to meet in closed sessions and decide cases based on briefs without oral argument.” (FEREJOHN; PASQUINO, Constitutional adjudication, p. 1671).

²⁸⁷ KOMMERS; MILLER, **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany**, p. 26.

²⁸⁸ FEREJOHN; PASQUINO, Constitutional adjudication, p. 1671.

²⁸⁹ Vide item 3.3.3, *supra*, a respeito do procedimento na Suprema Corte estadunidense.

²⁹⁰ É o que exemplifica Schermers: “Lawyers prefer to advance their arguments in the written part of the proceedings. Furthermore, listening to long translations is even more difficult

apresentadas por escrito e não verbalmente - ao contrário do que sucede tradicionalmente no modelo inglês.²⁹¹

Um exemplo emblemático da prevalência da escrita sobre a oralidade é o que sucede na Corte de Cassação Francesa, na qual o relator lê rapidamente um resumo do caso, que preparou com base nos memoriais (*les mémoires*) apresentados pelas partes.

Daí então o presidente do colegiado questiona se os advogados pretendem postular algo oralmente, o que na cultura da Corte, significa acrescentar algo que não esteja nos memoriais. O advogado então se levanta e apenas diz que confia no conteúdo do memorial. Embora evidentemente possa expor oralmente caso deseje, é raro que isso aconteça na prática. A rigor, o advogado apenas irá sustentar oralmente quando souber antecipadamente que o “*rapporteur public*”²⁹² irá apresentar parecer em sentido desfavorável ao seu cliente e, mesmo assim, em casos excepcionais.²⁹³

Por isso, a sustentação oral em parcela representativa dos casos é dispensada e se caracteriza por ser um ato meramente formal,²⁹⁴ eis que não conduz a um real diálogo entre juízes e advogados objetivando o aprimoramento da cognição judicial. Particularmente, na França e Bélgica, é impróprio que o juiz revele sua visão por meio de questionamentos sobre o mérito.²⁹⁵

Diferentemente do que se passa no modelo da *common law*, comumente os juízes não fazem questionamentos aos advogados, limitando-se

than listening to long speeches. The oral pleadings should, therefore, be short. In some cases, the Court may even dispense with the oral procedure.” (SCHERMERS; WAELBROECK, **Judicial protection in the European Union**, p. 732).

²⁹¹ PATERSON, Alan, Decision-making in the UK’s Top Court, **Cambridge Journal of International and Comparative Law**, v. 3, n. 1, p. 77–99, 2014.

²⁹² Função que equivale ao “*advocate-general*” antes tratado.

²⁹³ BROWN; BELL, **French administrative law**, p. 110.

²⁹⁴ Edward, por exemplo, informa que em 15 a 20 por cento dos casos não há oral hearings na Corte Europeia de Justiça, v. EDWARD, *How the Court of Justice works*, p. 555.

²⁹⁵ FORRESTER, Ian S., The judicial function in European Law and pleading in the European Courts, **Tulane Law Review**, v. 81, p. 647–719, 2006, p. 707–708.

a ouvir passivamente a sustentação oral - embora, em teoria, nada impeça que os advogados sejam interrompidos por perguntas do colegiado.²⁹⁶

Edward, neste particular, explica que a inexistência de interrupções decorrentes de questionamentos vindos do colegiado costuma ser algo inusitado para advogados com uma formação em sistemas jurídicos da *common law*, muito mais familiarizados com um veemente debate com os magistrados; ao passo que advogados de outras tradições jurídicas tendem a ter dificuldades com constantes interpelações.²⁹⁷

O que se pode concluir, portanto, é que, no modelo continental europeu, a sustentação oral não contempla feições deliberativas; quando ela acontece, aparenta muito mais uma solenidade destituída de uma missão relevante dentro do arranjo deliberativo.²⁹⁸

3.2.7 A sessão privativa de deliberação e julgamento

A sessão de julgamento corresponde à fase procedimental em que o colegiado se reúne para deliberar e decidir o caso. Desde logo, duas dificuldades se impõem no momento de seu estudo.

Primeiramente, o principal fator que dificulta a compreensão dessa fase do processo de tomada de decisão é o fato de que tal sessão é confidencial e sigilosa,²⁹⁹ vale dizer, tem-se aqui uma exceção ao princípio da publicidade dos atos processuais.

Como explicam Ferejohn e Pasquino, “todas as Cortes reúnem-se e deliberam em sessões fechadas ou secretas e ainda exigem ou encorajam uma

²⁹⁶ FORRESTER, The judicial function in European Law and pleading in the European Courts.

²⁹⁷ EDWARD, How the Court of Justice works, p. 554.

²⁹⁸ A rigor, a sustentação oral não ocupa uma sessão exclusiva. Na fase oral do procedimento, onde há o *hearing*, vários atos podem ser realizados, tal como a oitiva de testemunhas e de *experts*, a intervenção do *amicus curiae*, além, é claro, da sustentação oral e da manifestação do advogado geral.

²⁹⁹ Veja-se, por exemplo, o art. 449 do CPC Francês.

decisão única para toda a Corte.”³⁰⁰ Em alguns casos o sigilo é extremo, eis que apenas os magistrados participam da sessão fechada; em outros, permite-se a presença de outros participantes, tal como funcionários da Corte, mas nunca a parte ou o público em geral.

Por conta desta deliberação sigilosa e confidencial, a compreensão que se tem desta fase procedimental decorre do exame de documentos internos, de entrevistas com magistrados e assessores,³⁰¹ assim como de publicações feitas por juízes aposentados.

Teoricamente o sigilo não é visto com o propósito de ocultar o que sucede na sessão de deliberação, mas sim de estimular o potencial deliberativo da Corte e a colegialidade entre seus participantes. Em síntese, as razões para a adoção de tal modelo podem ser assim ordenadas:

a) adoção do modelo de decisão *per curiam*: em regra, as decisões são tomadas em nome Corte, enquanto instituição, de forma unânime e anônima. Diz-se anônima porque, muito embora tenha havido um relator responsável pela autoria da decisão, esta não é revelada ao público.

b) ausência de divulgação da divisão interna da Corte: como regra, as decisões das Cortes europeias não revelam ao público a ocorrência de eventuais decisões internas, isto é, ainda que o resultado seja fruto de uma decisão não-unânime, a existência de correntes divergentes (majoritária e minoritária) não é divulgada a fim de outorgar maior legitimidade às decisões.³⁰²

c) proibição de votos dissidentes ou concorrentes: como consequência do item anterior, a grande maioria das Cortes não permite a prolação de votos dissidentes ou concorrentes, de modo que, em caso de a decisão não ser unânime, não se terá ciência de quais os argumentos restaram vencidos na

³⁰⁰ FEREJOHN; PASQUINO, Constitutional adjudication, p. 1677–1678.

³⁰¹ Como é o caso do artigo do juiz David Edward: EDWARD, How the Court of Justice works, p. 539–558.

³⁰² TARUFFO, Michele, Institutional factors influencing precedents, *in*: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.), **Interpreting Precedents. A comparative study**, Farnham: Ashgate Publishing, 1997, p. 450–451.

deliberação. Portanto, ainda que internamente a decisão possa ter sido tomada por maioria, externamente ela é sempre unânime.³⁰³

d) adoção do sistema de mandato judicial por prazo determinado: muitas Cortes desconhecem o regime da vitaliciedade funcional dos juízes, de modo que estes ocupam o cargo por período determinado e, muitas vezes, podem ser reconduzidos ao cargo; desse modo, ao se manter a deliberação em sigilo, protege-se os juízes de qualquer tipo de censura ou represália ao tomarem decisões que desagradem aqueles que podem influenciar sua recondução à função.

e) estímulo à colegialidade: num contexto de sigilo, cria-se um ambiente propício para a discussão e debate franco, sem que haja pressão ou a censura do público.³⁰⁴

Outra dificuldade adicional que se impõe é que, embora seja este, ao menos em tese, o momento primordial da deliberação, nem sempre as Cortes contam com regras específicas disciplinando o *iter* procedimental a ser seguido.

De qualquer sorte, o que se nota no modelo continental europeu, é uma maior disposição para a deliberação e para o alcance da unanimidade,³⁰⁵ o que se explica, em grande medida, pela tradição de rejeição à divulgação do dissenso – que se nota até mesmo em Cortes nas quais atualmente votos dissidentes são permitidos – e pelo próprio papel do magistrado no sistema da *civil law*, cuja organização judiciária tradicionalmente é constituída de servidores públicos, inseridos numa estrutura marcada pela mentalidade burocrática – o que se contrapõe à independência funcional magistrado na

³⁰³ GINSBURG, Ruth Bader, Remarks on writing separately, **Washington Law Review**, v. 65, p. 133–150, 1990, p. 131.

³⁰⁴ GARAPON, Antoine, **Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário**, Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 151–153.

³⁰⁵ Essa informação, conforme ver-se-á adiante, é vital para se estabelecer uma clara distinção com a prática deliberativa norte-americana, na qual a sessão de deliberação limita-se a decidir sobre o resultado - e ainda de forma provisória - e designar o juiz que redigirá a decisão.

tradição da *common law*.³⁰⁶ É o que se verá a partir de alguns exemplos a seguir expostos.

3.2.8 Alguns exemplos da dinâmica deliberativa

Inicialmente salientou-se o risco de se aduzir genericamente a um modelo continental europeu de julgamento colegiado, quando se sabe que cada experiência é dotada de particularidades. A simplificação teve por escopo compreender a estrutura deliberativa e decisória em linhas bastante gerais. Cabe agora avançar um pouco mais em nuances próprias da dinâmica deliberativa de algumas das Cortes antes mencionadas.

a) Corte Europeia de Justiça

Na Corte Europeia de Justiça, por exemplo, depois de encerrada a fase oral e apresentado o parecer do “*advocate general*”, a Corte reúne-se para a deliberação em sessão sigilosa, na qual apenas estarão presentes os juízes.

Conforme já assinalado, o “*advocate general*” ocupa papel fundamental no procedimento da Corte Europeia de Justiça - assim como, em geral, nas Cortes Francesas -, já que o seu parecer é o ponto de partida da deliberação colegiada.

No entanto, como adverte Edward, não se trata de simplesmente de deliberar a respeito da concordância ou não com tal parecer. Há a efetiva deliberação, que, nas palavras de um magistrado daquela Corte, é “o coração do nosso trabalho”.³⁰⁷

Logo, após alguns dias da entrega do parecer do “*advocate general*”, as seguintes possibilidades podem suceder:

³⁰⁶ VARANO, Vincenzo, A proposito dell’eventuale introduzione delle opinion dissenzienti nelle pronuncie della Corte Costituzionale: considerazione sull’esperienza americana, *in*: ANZON, Adele (Org.), **L’opinione dissenziente: atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della consulta, nei giorni 5 e 6 novembre 1993: con un’antologia di opinioni dissenzienti di giudici costituzionali e internazionali**, Milano: Giuffrè, 1995, p. 131.

³⁰⁷ EDWARD, How the Court of Justice works, p. 555.

a) o relator circula uma nota informando que concorda (integralmente ou em parte) com o parecer do *advocate general* e, assim, submete uma proposta de decisão seguindo a mesma linha de argumentação para deliberação;

b) pode acontecer ainda que, após deliberação, o colegiado entenda que o parecer do *advocate general* é perfeitamente adequado para solucionar a lide e, desse modo, seja acolhido mediante decisão por motivação referencial (*per relationem*);³⁰⁸

c) o relator pode discordar da posição do *advocate general* e, desse modo, circular uma proposta de decisão em sentido diverso;

d) por fim, em casos mais complexos, o relator pode requerer ao presidente que haja a deliberação do colegiado antes de iniciada a elaboração da decisão.³⁰⁹

Aspecto a ser destacado é que, em que pese a predominância da atuação do relator, se algum dos membros do colegiado discordar da proposta submetida pelo relator ou entender que o relator ou o *advocate general* negligenciaram a propósito de algum ponto importante, pode submeter um memorando explicando sua posição.

Caso, à luz de eventuais comentários dirigidos pelos demais julgadores, for possível antever uma divergência no colegiado, o presidente poderá pautar o caso para discussão, ainda que o relator já tenha submetido uma sugestão de voto.

No âmbito da sessão, a deliberação inicia-se com o presidente convidando o relator a expor o caso e a solução projetada. A extensão e a profundidade com que o relator tece seus comentários variarão de acordo com a divergência previamente manifestada pelos demais integrantes do colegiado. Por isso, o relator buscará tomar em conta as posições conflitantes na resolução do caso ou, eventualmente, justificar porque não as considera adequadas.

Logo após, inicia-se uma discussão aberta, que se estende até que se alcance o consenso no colegiado ou até que se identifique a presença de

³⁰⁸ SCHERMERS; WAELBROECK, **Judicial protection in the European Union**, p. 669.

³⁰⁹ EDWARD, *How the Court of Justice works*, p. 555.

posições inconciliáveis. Nesta última hipótese, se o consenso não é alcançado mediante deliberação, inicia-se a votação conduzida pelo presidente do órgão colegiado.³¹⁰

Com isso, ou a proposta do relator será integralmente acolhida sem necessidade de reparos ou, caso contrário, o relator redigirá uma nova proposta (ou elaborará a primeira sugestão, caso ainda não a tenha redigido) alinhada com o decidido na deliberação. Feito isso, a Corte irá subsequentemente examinar a minuta proposta pelo relator página por página.³¹¹

Com isso, a minuta de decisão que obtém a aderência da maioria dos membros do colegiado será a decisão da Corte, embora, conforme mencionado antes, os detalhes da deliberação e a eventual divisão interna da Corte devam ser mantidas em sigilo mesmo depois de publicada a decisão.

É ainda oportuno ter em mente que a impossibilidade de que o dissenso seja divulgado é encarada com um estímulo à colegialidade e ao compromisso entre os membros do colegiado. Ora, como sucede numa deliberação em que as partes procuram expressar suas posições e concomitantemente estar abertas a pontos de vista distintos, a Corte Europeia de Justiça não é inclinada a prontamente tomar as decisões por votação.

Os membros do colegiado primeiramente tentarão persuadir aos seus colegas, mediante profunda deliberação, de forma a alcançar o consenso a respeito de uma solução aceitável por todos. Quando a discussão alcança determinado nível de maturidade e se percebe que certas posições são inconciliáveis e que os desacordos não podem ser resolvidos, a votação servirá para identificar a formação de um bloco majoritário e outro minoritário.

De qualquer sorte, conforme assinala Edward, com a votação e constatação da posição majoritária, isto não significa que a corrente minoritária será excluída do debate sobre a forma e o conteúdo da decisão.³¹²

³¹⁰ *Ibid.*, p. 555–556.

³¹¹ *Ibid.*, p. 556.

³¹² *Ibid.*

Na realidade, em determinados casos a Corte só estará apta a proferir um julgamento depois que diversas propostas do relator foram apresentadas. Com efeito, ainda nessa hipótese, até que seja concluída a etapa redacional, a minoria pode buscar influenciar o colegiado.³¹³

b) Conselho de Estado Francês

Como os tribunais administrativos franceses serviram de inspiração para o procedimento do Corte Europeia de Justiça, tais Cortes têm uma estrutura procedimental bastante semelhante. Portanto, aplica-se aqui a noção do segredo da deliberação e da presença da figura do “*rapporteur public*”.³¹⁴

Como tratado anteriormente,³¹⁵ antes da sessão de deliberação o relator interage e delibera tanto com o revisor quanto com o “*rapporteur public*”, seja de modo informal ou pontualmente na sessão preparatória (*séance d’instruction*). Brown e Bell retratam com clareza esse ambiente colaborativo e de discussão informal que marca os trabalhos do *Conseil d’Etat*.³¹⁶

Dentro desse ambiente, quando o relator entender que a causa encontra-se madura para julgamento, preparará o seu relatório que abrange questões de fato e de direito discutidas na lide (*la note*), contendo como anexo

³¹³ *Ibid.*

³¹⁴ O “*rapporteur public*” não representa o governo, mas sim apresenta suas conclusões de forma totalmente imparcial, v. DASHWOOD, Alan A., *The Advocate General in the Court of Justice of the European Communities*, **Legal Studies**, v. 2, n. 2, 1982, p. 205.

³¹⁵ Ver item 3.2.2, *supra*.

³¹⁶ “In the course of his preparation of the case in the Conseil d’Etat the rapporteur, who may well (especially in a comparatively simple case) be a young Auditeur with perhaps only one or 2 years’ experience in the Palais-Royal, will discuss any difficulties with the president of the Sous-section and perhaps also with his other colleagues. (...) On an ordinary working day one will find small groups of men and women discussing legal problems with animation almost wherever one turns. Each decision is a decision in the name of the whole Conseil d’Etat, and it is therefore natural that interesting or difficult problems should be discussed by as many members of the Conseil as is practicable. A similar picture of informal consultation and collaboration can be given of the other administrative courts, where the atmosphere behind the scenes is very domestic. Discussions in rooms of colleagues, in corridors, or over coffee are frequently the in which cases are prepared for judgment by judges and Commissaires du government in all administrative courts.” (BROWN; BELL, **French administrative law**, p. 101).

referências à legislação, a artigos científicos e a obras jurídicas, e, ao final, a proposta de julgamento (*le projet d'arrêt*)

Este material é submetido à rigorosa análise do *réviseur*, que no Conselho do Estado geralmente é o presidente da respectiva seção (*sous-section*).³¹⁷ A tarefa do revisor é reexaminar os documentos e sugerir correções no projeto ou até mesmo propor outras linhas de abordagem.

Como exposto previamente, ainda antes da sessão de deliberação e julgamento, haverá uma sessão preparatória de discussão - a *séance d'instruction* -, no qual o colegiado debate preliminarmente a proposta do relator e as considerações do revisor.

Ao final desta sessão, o dossiê (composto pela *note* e pelo *projet d'arrêt*) é submetido ao *rapporteur public*. Sua primeira função é reanalisar tal material, podendo apresentar questionamentos caso sobrevenham dúvidas ou caso entenda que o relator tenha negligenciado quanto a algum aspecto importante do caso.³¹⁸

Havendo discordância com a proposta, costuma-se, por diplomacia, informar previamente ao relator e ao presidente, cabendo a este último reunir novamente o colegiado para deliberar e reconsiderar a proposta de decisão.³¹⁹

O parecer (*conclusions*) do “*rapporteur public*” tem como principal função, conforme explica Dashwood, a de propor uma solução imparcial para o caso, em conformidade com os precedentes da Corte.³²⁰

³¹⁷ *Ibid.*, p. 102.

³¹⁸ “In the note, the rapporteur will set out the facts, summarize the views of both parties, and then give his view of the law relevant to the case. He will annex extracts from relevant statutes, cases, law-review articles and textbooks. The aim here is to lighten the task, in the first place, of the senior colleague of the rapporteur assigned to act as *réviseur*, who will be the next person to see the report, and, in the second place, of the *Commissaire du gouvernement* who will eventually take over the dossier to compose his “conclusions”. Finally, the rapporteur will draw a draft order in the form in which he believes the *Conseil d'Etat* should issue its judgment: this *projet d'arrêt* must deal expressly with all the *moyens* (arguments of law) of the parties.” (*Ibid.*).

³¹⁹ *Ibid.*, p. 105.

³²⁰ DASHWOOD, The Advocate General in the Court of Justice of the European Communities, op. cit., p. 205.

Com a entrega deste parecer, o caso irá ser pautado para a sessão de julgamento, que, no *Conseil d'Etat*, divide-se em duas etapas: a sessão de sustentação oral (*audience publique*) e a sessão de deliberação (*délibéré*).³²¹

A respeito do caráter protocolar e pouco deliberativo da sessão de sustentação oral, com pouquíssima interação entre colegiado e advogados, já se tratou anteriormente.³²² Cabe agora algum comentário a respeito da segunda etapa.

Tal como se passa na Corte Europeia de Justiça, o ponto de partida da deliberação do colegiado é o parecer do “*rapporteur public*”. Tendo o colegiado concordado ou não com este parecer, uma concisa decisão, característica do modelo francês - *l'arrêt* -, será elaborada pelo relator dentro de alguns dias, sempre mediante a consulta e aprovação do presidente da Corte, o que acaba resultando num processo interativo de escrita da decisão. Brown e Bell observam que os doutrinadores franceses, ao comentarem as decisões do Conselho de Estado, geralmente irão referir-se a elas como “conforme” ou “contrária” ao parecer do “*rapporteur public*”. Isso demonstra o relevante papel ocupado por este e como seu parecer configura peça fundamental na prática deliberativa da Corte.³²³

c) Tribunal Constitucional Alemão

No Tribunal Constitucional Alemão, o conteúdo das deliberações judicial também deve ser mantido em segredo.³²⁴ Segundo Cohn, tal postura sempre foi encarada como um fundamento da independência judicial.³²⁵

³²¹ BROWN; BELL, *French administrative law*, p. 106.

³²² V. item 3.2.6, *supra*.

³²³ BROWN; BELL, *French administrative law*, p. 111.

³²⁴ NADELMANN, Kurt H., Non-Disclosure of Dissents in Constitutional Courts: Italy and West Germany, *The American Journal of Comparative Law*, v. 13, n. 2, 1964, p. 268.

³²⁵ COHN, E. J., Dissenting Opinions in German Law, *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 6, n. 3, p. 540–543, 1957, p. 540.

Oportuno esclarecer que o Tribunal é dividido em dois órgãos fracionados - os senados - compostos por oito juízes cada. Seis juízes constituem o *quorum* de cada senado, sendo necessária a maioria simples para se declarar a inconstitucionalidade. Tal como acontece na maioria dos tribunais constitucionais europeus, todos os juízes que participam da deliberação devem assinar a decisão final, independentemente de sua concordância com o resultado.

Na ampla maioria dos casos, as decisões são proferidas *per curiam*, vale dizer, de forma unânime e anônima, ainda que internamente haja dissidências. Por força da marcante colegialidade e da expectativa de que o consenso seja alcançado mediante extensa deliberação, a Corte decide institucionalmente e não mediante a mera agregação de votos individuais.³²⁶

Todavia, a lei que regula o funcionamento do Tribunal permite que, mediante deliberação do colegiado, seja divulgada a divisão de votos porventura existente, mas sem que se identifique o sentido em que cada juiz proferiu seu voto.³²⁷ Do mesmo modo, a referida lei permite a publicação de votos dissidentes, hipótese em que haverá a identificação apenas do juiz que redigiu o voto em separado.³²⁸

Conquanto seja permitida desde 1970, a divulgação de votos divergentes ainda é rara. Conforme anota Georg Vanberg, das 1.781 decisões proferidas entre 1971 e 2002, houve publicação de votos dissidentes em apenas 115, o que representada 6 por cento de todas as decisões.³²⁹

³²⁶ “The well-settled tradition of the Court is to speak as an institution and not as a panel of justices. There is a significant expectation of collegiality and consensus on the Court, much as in German society generally.” KOMMERS; MILLER, **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany**, p. 28.

³²⁷ A decisão pode informar, por exemplo, que 5 juízes compuseram o bloco majoritário e 3 o minoritário, revelando, assim, uma profunda divisão.

³²⁸ COHN, E. J., Dissenting Opinions in German Law, **The International and Comparative Law Quarterly**, v. 6, n. 3, 1957, p. 540.

³²⁹ VANBERG, **The politics of constitutional review in Germany**, p. 91.

Isso sucede porque a colegialidade e a noção de que a Corte, enquanto instituição, deve se pronunciar unificadamente é uma tendência profundamente arraigada na cultura judicial germânica:

O viés institucional contra decisões judiciais individualistas tende a reduzir a publicação dos dissensos. (...) Juízes dissidentes - mesmo que tenham circulado voto dissidente na Corte - usualmente optam por não publicá-lo ou serem identificados como dissidentes, como parte de um senso de lealdade institucional. A norma prevalecente parece ser a de que os votos dissidentes individuais apenas são apropriados quando motivados por profundas convicções pessoais.³³⁰

Assim como grande parte dos tribunais constitucionais europeus, a Corte Constitucional da Alemanha dispensa a sustentação oral na extensa maioria dos casos. Dados estatísticos dão conta de que, no período entre 1983 e 1996, a Corte realizou a sustentação oral em apenas 7 por cento dos casos.³³¹

Cada senado tem discricionariedade para decidir em que casos a sustentação oral merece ser permitida. Usualmente, é designada em casos politicamente sensíveis ou altamente polêmicos, a fim de outorgar maior legitimidade ao processo de tomada de decisão. Ainda neste tocante, para além das partes, terceiros interessados, incluindo o Poder Público, organizações religiosas e grupos de interesses, podem intervir como *amicus curiae*.³³²

Uma das características mais marcantes do processo decisório na Corte Constitucional Alemã é o papel desempenhado pelos juízes no processo deliberativo e a especialização no tocante às matérias.

Ao integrar a Corte, cada juiz é encarregado por uma área específica do Direito (*Dezernat*). Essa especialização quanto à matéria tem uma grande relevância porque os juízes assumem automaticamente o papel de relatores (*Berichterstatter*) dos casos relacionados à sua área de expertise.

³³⁰ KOMMERS; MILLER, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, p. 29.

³³¹ VANBERG, *The politics of constitutional review in Germany*, p. 91.

³³² KOMMERS; MILLER, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, p. 27.

Dentro do processo de tomada de decisão, o juiz relator é responsável pela elaboração de um memorando (*votum*), que consiste no resumo das questões jurídicas do caso e na proposta de decisão, a ser distribuído ao órgão colegiado antecipadamente à sessão e torna-se a base das deliberações.³³³

Merece ênfase, neste particular, a deliberação informal que sucede antes da sessão. Kommers e Miller explicam que o relator tem o encargo de conquistar a aquiescência de seus colegas a respeito da solução a ser dada. Para tanto, é crucial que, previamente à sessão sigilosa de deliberação, o relator interaja com os demais membros do colegiado, de modo a compreender suas preferências, buscar um denominador comum e, finalmente, redigir uma proposta de decisão que venha a preponderar na deliberação.³³⁴

Evidentemente, o relator é ainda responsável por redigir a minuta da decisão após à sessão de deliberação. De acordo com o regimento, o relator conserva este encargo ainda que sua sugestão não tenha sido acolhida durante a deliberação, ou seja, ainda que resulte vencido. Devido a isso, há o incentivo para alcançar a maioria.

Neste particular, Kommers e Miller enfatizam que, se o relator combina a sagacidade política com habilidade literária, é possível deixar uma marca distinta no produto final da deliberação. Vale dizer, se o relator é dotado de sensibilidade e diplomacia judicial, conseguirá conceber uma decisão representativa do comum acordo alcançado pelo colegiado, que reflita um compromisso entre os argumentos constitucionais conflitantes.³³⁵

³³³ “The rapporteur’s job is to prepare a written document known as the *Votum*, the creation of which is a crucial stage in the decisional process. Aided by legal assistants, the rapporteur prepares what amounts to a major research report. The *Votum* describes the background and facts of the dispute, surveys the Court’s previous decisions and the legal literature, presents fully documented arguments advanced on both sides of the question, and concludes with a personal view of how the case should be decided. A *Votum*, which may be well over a hundred pages long, can take weeks even months, to prepare; often it forms the basis of the first draft of the Court’s final opinion. In any calendar year each justice prepares several major *Votum* (*Kurzvoten*) – up to four hundred per year – for other justices serving on a particular three-justice chamber, writes the opinion in those cases over which he or she presides as rapporteur, and prepares for the weekly conferences.” (*Ibid.*).

³³⁴ *Ibid.*, p. 28.

³³⁵ *Ibid.*

Diferentemente do que sucede na Suprema Corte dos Estados Unidos,³³⁶ não há na Corte Alemã discricionariedade na designação do redator do acórdão, tampouco garantia de que um dos membros integrantes da maioria virá a ser o redator do acórdão. Assim, preparada a proposta decisão, esta é circulada e revisada pelo colegiado em outra sessão e, finalmente, submetida a uma votação final antes de ser publicada.

Como se nota, o processo deliberativo é organizado em duas fases: primeiramente, delibera-se sobre a causa, o que incluiu o dispositivo e a fundamentação; em segundo lugar, há a deliberação sobre o texto da decisão.³³⁷

Segundo Dieter Grimm, a extensiva deliberação judicial é um predicado marcante do procedimento decisório da Corte, no qual a discussão voltada ao consenso é fundamental, ainda que haja posições dissidentes no colegiado:

Embora os juízes possam inicialmente ter pontos de vista bastante diferentes sobre o caso, tenta-se alcançar uma decisão unânime, mas não a qualquer custo. Há a preferência por uma decisão unânime, mas não pressão e muito menos compulsão. A discussão importa. Os juízes mudam de ideia por causa dos argumentos levantados na deliberação.³³⁸

Logo, a Corte Alemã tem a peculiaridade de ser culturalmente bastante deliberativa. O compromisso em torno de uma decisão unânime é a regra, conquanto não se vede a publicação de votos dissidentes em casos de insuperável cisão no colegiado.³³⁹

³³⁶ V. item 3.3.4, *infra*.

³³⁷ GRIMM, Dieter. Some remarks on the use of dissenting opinions in Continental Europe, p. 2-3.

³³⁸ *Id.*

³³⁹ Uma Corte com marcada por uma “deeply rooted culture of collegiality and consensus”. (KOMMERS; MILLER, **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany**, p. 30).

d) Corte Constitucional Italiana

Na Corte Constitucional Italiana, após a escolha do relator pelo presidente da Corte, a questão envolve, primeiramente, saber se o caso demandará uma sessão de sustentação oral ou não (*udienza pubblica*); caso contrário, o caso será remetido diretamente para deliberação na *camera di consiglio*.³⁴⁰

Em qualquer dos casos, um estudo prévio do caso a ser julgado (*ricerca*) é circulado pelo relator antes da sessão de deliberação, de sorte que os demais membros da Corte tomem ciência do assunto a ser debatido.³⁴¹

Uma primeira sessão de deliberação servirá para discutir o caso à luz da *ricerca* (ainda sem que haja um projeto escrito de decisão) e para que o colegiado tome a decisão quanto ao resultado e quanto ao fundamento.³⁴² Nesta ocasião, o relator propõe uma solução (ou mais de uma), a que se segue uma discussão geral - em ordem inversa de antiguidade - e eventualmente uma votação caso haja divergência no colegiado.³⁴³

Cabe recordar que, tal como sucede com outras Cortes europeias, não se permite a publicação de votos dissidentes. As decisões colegiadas de mérito adotam o modelo *per curiam*, isto é, do ponto de vista externo são sempre unânimes.³⁴⁴

³⁴⁰ ROMBOLI, La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental, p. 44.

³⁴¹ CORTE COSTITUZIONALE, **Che cosa è la Corte Costituzionale**, p. 46.

³⁴² PIZZORUSSO, Alessandro; VIGORITI, Vincenzo; CERTOMA, Giuseppe L., The constitutional review of legislation in Italy, **Temple Law Quarterly**, v. 56, p. 503–538, 1983, p. 520–521.

³⁴³ “Anche la Corte dunque, come in genere gli organi collegiali, può dover giungere a una decisione sulla base di un voto di maggioranza. Ad un voto formale si arriva solo quando non si manifesta un’unanimità di vedute (ad esempio, nel senso della proposta del relatore) né una nettissima maggioranza di opinioni convergenti, oppure se comunque qualche giudice lo chiede. È il Presidente che indice le votazioni, stabilendo così anche la chiusura della discussione.” (CORTE COSTITUZIONALE, **Che cosa è la Corte Costituzionale**, p. 49).

³⁴⁴ “Decisions are discussed orally amongst the judges and drafted by the judge rapporteur. No dissenting opinions exist and similarly to the ECJ, all decisions are considered unanimous.” (SLAUGHTER, Anne-Marie; STONE SWEET, Alec; WEILER, Joseph, **The**

Como os membros da Corte devem efetivamente deliberar e decidir tanto quanto ao dispositivo quanto a respeito do fundamento que lhe sustenta, a fim de que reste claro “*il nucleo dei precedenti*”, muitas vezes a deliberação pode se estender demasiadamente e instigar debates acalorados:

Si deve infatti considerare che la decisione della Corte non si sostanzia solo nel cosiddetto dispositivo della pronuncia (dichiarazione di illegittimità costituzionale, dichiarazione di non fondatezza, dichiarazione di inammissibilità della questione), ma anche - e talvolta soprattutto - nella motivazione che lo sorregge. Ci può essere accordo sul dispositivo, ma dissenso sulle motivazioni. Queste sono importanti soprattutto perché costituiscono - più dei dispositivi - il nucleo dei precedenti che verranno richiamati in occasione di cause che successivamente la Corte sia chiamata a decidere nella stessa o analoga materia; e anche perché allo stesso dispositivo possono corrispondere motivazioni che abbiano effetti diversi.³⁴⁵

É apenas depois disso que se iniciará a fase redação do texto da decisão, sempre à luz da posição que resultou majoritária na deliberação sigilosa. Ao final da etapa redacional, o projeto de decisão será submetido ao crivo do colegiado em uma subsequente sessão de deliberação.³⁴⁶

Em síntese, é possível concluir que a Corte Constitucional Italiana também adota o processo deliberativo é organizado em duas fases: primeiramente, a decisão sobre a causa é tomada por maioria, o que incluiu a deliberação sobre dispositivo e fundamentação; em seguida, encerrada a fase redacional, sobrevém a deliberação sobre o texto da decisão.³⁴⁷

European Court and national courts - Doctrine and jurisprudence: legal change in its social context, Oxford: Hart Publishing, 1998, p. 151).

³⁴⁵ CORTE COSTITUZIONALE, *Che cosa è la Corte Costituzionale*, p. 49.

³⁴⁶ ROMBOLI, p. 44.

³⁴⁷ “The decision of the Court is that of the majority of the judges present at all of the hearings. In the case of an equal division of votes, the President’s vote is dispositive. Once a decision is reached, an opinion is drafted by a member of the Court, nominated by the President. The draft is then discussed and approved at a subsequent meeting of the Court in chambers and, finally, is signed by the President and all of the judges as the decision of the Court.” (PIZZORUSSO; VIGORITI; CERTOMA, *The constitutional review of legislation in Italy*, p. 521).

3.2.9 Deliberação e a estrutura da decisão

Na introdução desta tese, aventou-se que o processo decisório poderia ser melhor elucidado por fatores institucionais da Corte, tais como as regras e práticas reinantes em determinado arranjo. Tendo isso em mente e após examinados alguns procedimentos e práticas deliberativas em algumas Cortes tomadas como exemplos do modelo continental europeu, é oportuno buscar decifrar a relação destes aspectos institucionais com o produto da atividade jurisdicional, vale dizer, com a decisão colegiada.

Em outras palavras, o interesse é inquirir se a estrutura e o estilo da decisão colegiada podem ser considerados um fator determinante para a deliberação.

De acordo com Michelle Taruffo a resposta é afirmativa: o estilo da decisão acaba tendo significativo impacto na forma como se desencadeia a deliberação. Conforme assinala o processualista italiano, não só a maneira como os julgamentos são estruturados, mas também a forma como as decisões são conduzidas na etapa redacional acaba por influenciar de forma representativa o seu conteúdo. Da mesma sorte, o estilo das decisões gera reflexos no seu uso enquanto precedentes.³⁴⁸

De um modo geral, e adotando a perspectiva de Taruffo, é possível identificar teoricamente dois tipos ideias dos estilos das decisões judiciais.

O primeiro deles é o estilo legalista, dedutivo e magisterial, em que a conclusão da decisão é apresentada como sendo o resultado final e necessário de um conjunto legal e lógico de argumentos racionalmente estruturados.

Os argumentos que fundamentam a decisão são apresentados em linguagem neutra e oficial, frequentemente adotando a forma lógico-dedutiva, vale dizer, “a Corte aplica princípios abstratos aos fatos do caso em mão,

³⁴⁸ TARUFFO, Institutional factors influencing precedents, p. 448.

chegando à conclusão de que o juízo inferior errou (...) ou atuou corretamente”.³⁴⁹

Tal estilo é característico do modelo continental europeu e, sobretudo, das Cortes Supremas, que lidam preponderantemente com questões de direito.³⁵⁰

O exemplo emblemático deste estilo é aquele encontrado nas Cortes Francesas, notadamente na Corte de Cassação, marcado pela estrutura de frase única, a partir da concatenação de vários “considerandos”.³⁵¹ Em tal julgamento, toda a fundamentação é expressa por uma sintética assertiva, claramente estruturada como uma cadeia de passos lógicos, sendo o dispositivo a decorrência necessária.³⁵²

Ainda que nas demais Cortes Supremas europeias o estilo legalista seja menos rígido, prevalece a tendência de decisões redigidas de modo formal e técnico, estruturadas de acordo com os requisitos legais de validade e conforme padrões lógicos de argumentação.

O princípio subjacente a este estilo é o de que a atividade jurisdicional não implicaria a construção do fenômeno jurídico, mas encerraria simplesmente uma atividade declaratória de caráter mecânico e objetivo, sendo imune a interpretações subjetivas.³⁵³

Logo, por meio de uma argumentação formalmente lógica e calcada na lei, o modelo de decisão continental europeu pretende aparentar o exercício despretensioso de uma operação objetiva de subsunção da lei aos fatos, como se tratasse de uma questão de mera lógica dedutiva.³⁵⁴

³⁴⁹ WELLS, Michael, French and American Judicial Opinions, **Yale Journal of International Law**, v. 19, p. 81, 1994, p. 94.

³⁵⁰ TARUFFO, Institutional factors influencing precedents, p. 449.

³⁵¹ A decisão francesa de frase única pode ser simplificada entendida pelo seguinte exemplo, que demonstra um raciocínio jurídico como uma operação lógico-dedutiva: Considerando o fato “x”; considerando que a norma “y” prescreve o seguinte comando; considerando ainda que a norma “y” subsume ao fato “x”; portanto, tem-se o resultado “z”.

³⁵² TARUFFO, Institutional factors influencing precedents, p. 449.

³⁵³ A respeito disso, v. GARAPON, **Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário**.

³⁵⁴ WELLS, French and American Judicial Opinions.

Por isso mesmo, e mantendo o modelo francês no foco de análise, o juiz europeu - diferente do anglo-americano -, não pretende exprimir em suas decisões indícios de criação do direito³⁵⁵ ou sinais da construção de princípios de caráter universal e abrangente que venham a ser aplicados em casos futuros,³⁵⁶ tampouco julgar para além das questões levantadas pelas partes.³⁵⁷

Conforme anota Wells, decisões contendo “digressões, demonstrações de indignação ou entusiasmo, reflexões pueris, indicações de indecisão ou dúvida, pontificando sobre o estado da lei, verbos sugerindo o exercício de julgamento pelo juiz e expressões de simpatia” são impensadas no contexto do estilo europeu.³⁵⁸

Notoriamente, a preocupação por detrás de tais práticas parece ser a de conservar a tradicional imagem do juiz como sendo um técnico isento, que aplica mecanicamente a lei preexistente a um fato, ao invés de ser engenheiro social que estabelece princípios e regras gerais de conduta para toda a sociedade, tal como transparece na atividade jurisdicional da *common law*, umbilicalmente familiarizada com a ideia de precedentes.

Corroborar para isso o fato de que, tradicionalmente na *civil law*, a organização judiciária é constituída de servidores públicos, inseridos numa estrutura marcada pela mentalidade burocrática, que se contrapõe substancialmente à independência funcional e ao individualismo do magistrado da *common law*.³⁵⁹

³⁵⁵ Embora a tese de Lasser seja a de que há intensa deliberação a respeito de questões que extrapolam à análise legal, mas que não chegam a ser divulgadas no texto da decisão. V. a respeito: LASSER, **Judicial deliberations: A comparative analysis of transparency and legitimacy**.

³⁵⁶ GINSBURG, Remarks on writing separately, p. 137.

³⁵⁷ “For many Americans, the opinion is a vehicle for setting forth the judges’ views of the substantive considerations bearing on the outcomes of cases, as well as the interplay between policy concerns and such formal constraints as precedent and rules.” (WELLS, French and American Judicial Opinions, p. 92).

³⁵⁸ *Ibid.*, p. 97–98.

³⁵⁹ VARANO, A proposito dell’eventuale introduzione delle opinion dissenzietti nelle pronuncie della Corte Costituzionale: considerazione sull’esperienza americana, p. 131.

Por ser geralmente um burocrata, o juiz europeu, a rigor, não é acostumado a ter uma personalidade pública, tampouco a Corte é habituada a estar no centro das atenções.³⁶⁰

E isso se reforça pelas decisões *per curiam*, que constituem a estrutura da decisão colegiada no modelo constitucional europeu. No modelo *per curiam*, a decisão é tomada pela Corte como um todo, enquanto instituição, ao invés de ser atribuída a um magistrado em particular.

As decisões são, portanto, anônimas - já que, ao serem indicadas como decisões da instituição, omitem quem foi o magistrado verdadeiramente responsável pela redação do texto - e, em geral, são unânimes.

Tais predicados estruturais da decisão europeia - anonimato e unanimidade - tem forte repercussão na deliberação.

Ora, o primeiro aspecto estimula a deliberação intrainstitucional do colegiado ao tornar os magistrados mais dispostos a harmonizar suas posições individuais e a buscar a persuasão recíproca. Concomitantemente, o anonimato tem o condão de desvincular a decisão da pessoa do julgador, transferindo-a para a Corte, que passa a ter uma identidade dissociada dos juízes que a integram.

Com isso, demove-se o individualismo, na medida em que o julgador está ciente de que o público não tomará conhecimento das posições individuais dos membros do colegiado, mas apenas da posição institucional.³⁶¹

Para alguns, o julgamento colegiado aliado ao anonimato configura uma garantia da independência judicial e da imparcialidade da Corte.³⁶²

Quanto ao aspecto da unanimidade, conquanto a Corte possa, em certos casos, decidir internamente segundo a regra da maioria (isto é, embora no plano interno possa existir uma divisão no colegiado),³⁶³ externamente a decisão é

³⁶⁰ FEREJOHN; PASQUINO, Constitutional adjudication, p. 1694–1695.

³⁶¹ *Ibid.*, p. 1695.

³⁶² WELLS, French and American Judicial Opinions, p. 98.

³⁶³ V., por exemplo, o funcionamento de Corte Constitucional Italiana: PIZZORUSSO; VIGORITI; CERTOMA, The constitutional review of legislation in Italy.

sempre unânime. Vale dizer, a decisão publicada, por silenciar a respeito de eventual dissenso na deliberação interna, é sempre unânime aos olhos do público.

Por decorrência natural desta última peculiaridade, a regra geral³⁶⁴ no âmbito do modelo continental europeu é a de proibição de votos dissidentes.³⁶⁵

Naturalmente, é preciso investigar como tal estrutura e como tal estilo decisional impactam na deliberação judicial. Embora, parte da resposta já tenha sido lançada ao longo deste capítulo, cabe aqui um aprimoramento das ideias.

Primeiramente, a exigência de unanimidade das decisões cria um ambiente propício à colaboração recíproca do colegiado, ao mesmo tempo em que gera a necessidade de deliberar.

Como todos os integrantes do colegiado terão de subscrever a decisão, ainda que dela discordem, há um forte incentivo para deliberar de sorte a acomodar, dentro do que é factível, as variadas posições individuais e, deste modo, alcançar o maior consenso possível.³⁶⁶

Como explicam Ferejohn e Pasquino, parece haver arraigadas normas internas contrárias à divulgação do dissenso. Com efeito, na maioria das Cortes europeias, os juízes deliberam na busca de uma solução consensual a que todos adiram sem ressalvas.³⁶⁷

Portanto, os membros do colegiado primeiramente tentarão persuadir aos seus colegas, mediante profunda deliberação, de forma a alcançar o consenso a respeito de uma solução aceitável por todos.

Apenas quando a discussão alcança determinado nível de maturidade, e se constata que certas posições são inconciliáveis e que os desacordos não

³⁶⁴ Afora pontuais exceções anteriormente destacadas, tal como a Corte Constitucional da Alemanha, a Corte Constitucional da Espanha e a Corte Europeia de Direitos Humanos.

³⁶⁵ GINSBURG, Remarks on writing separately, p. 137.

³⁶⁶ GRIMM, Dieter. Some remarks on the use of dissenting opinions in Continental Europe, p. 2-3.

³⁶⁷ “They aim at unanimity wherever that is possible.” (FEREJOHN; PASQUINO, Constitutional adjudication, p. 1693).

podem ser resolvidos, é que então o mecanismo agregativo entrará em ação para identificar-se a formação da vontade da maioria.

Essa dinâmica não sucederia se o voto dissidente fosse permitido, pois, não haveria incentivo em deliberar intensivamente antes de se lançar mão da votação. Ora, nessa hipótese, bastaria que apresentada a proposta do relator, seguida da votação, houvesse a proclamação do resultado adotado pela maioria como sendo o entendimento oficial do Tribunal. Aos vencidos, caberia sucumbir à vontade majoritária e redigir votos dissidentes.

Todavia, quando não se tem a alternativa de divulgar a divergência interna por votos dissidentes, a dinâmica deliberativa segue outro caminho.

Dentro de um grupo que preza pela harmonia e pela colegialidade, e que tradicionalmente se vê como um corpo coeso, torna-se difícil simplesmente tomar as decisões pela regra da maioria, sem que haja consideração por eventuais argumentos lançados pela minoria.

Nas hipóteses em que há divisão interna na Corte, a pressão será muito mais intensa para que se prolongue a deliberação de modo a se obter uma posição intermediária ou mais abrangente; vale dizer, que seja aceitável para a minoria. A minoria, portanto, não terá a sua voz sufocada.

Isso significa, em outras palavras, que os argumentos apresentados pela coalizão minoritária devem ser levados em consideração.

Por isso, conforme assinala Edward, com a votação e constatação da posição majoritária, isto não significa que, a partir daí, a corrente majoritária isoladamente irá determinar o conteúdo da decisão. O grupo dissidente pode ser tão ativo quanto o majoritário ao testar a solidez dos argumentos presentes na minuta proposta pela coalizão majoritária e ao sugerir aprimoramentos que tornem o texto mais claro.³⁶⁸

Na realidade, em face da disposição em adotar soluções consensuais (ou o mais próximas deste ideal), em determinados casos a Corte só estará apta a concluir o julgamento depois que diversas propostas do relator forem

³⁶⁸ EDWARD, *How the Court of Justice works*, p. 556.

apresentadas. Na visão de David Edward, é exatamente isso o que colegialidade significa:

Todos os membros do Tribunal são responsáveis, até o último minuto, por proferir um julgamento, tão bom quanto possível, mesmo que não concordem com o resultado. O sistema assume perfeitamente que haverá diferenças legítimas de opinião entre os juízes, mas que, nesse caso, a opinião da maioria deve prevalecer.³⁶⁹

Logo, diferentemente da tradição da *common law*, em que a manifestação individual dos magistrados, por meio de votos dissidentes e concorrentes, é plenamente aceita, a abordagem predominante no modelo continental europeu segue orientação diversa.

Nesta tradição jurídica, a colegialidade significa que a Corte, enquanto instituição, deve manter-se unida durante o processo de tomada de decisão.

Devido a isso, a corrente dissidente não é excluída da deliberação quando sua posição não prepondera. Com efeito, ainda nessa hipótese, até que seja finalizado o processo de tomada de decisão, a minoria é capaz de persuadir o colegiado a respeito de seu ponto de vista ou, ao menos, esforçar-se para atenuar entendimentos que considera equivocados ou questionáveis.

Ao lado disso, um fator de significativo impacto na dinâmica deliberativa da Corte é a conjugação da estrutura da decisão *per curiam* atrelada à regra de unanimidade externa e à designação do relator ao início do procedimento.

Melhor explicando. No modelo brasileiro, vencido o relator em face da prevalência da proposta de outro membro do colegiado, este último passa a ser designado o relator para o acórdão. Diferentemente disso, no modelo europeu, como regra, não se tem a mesma concepção de voto vencido.

Em termos mais precisos, não se adota a prática de designação de outro magistrado para redigir o texto caso a proposta do relator venha a ser rejeitada pelo colegiado. Se a proposta do relator não vier a ser acolhida pelo colegiado, em regra, é ele próprio quem será encarregado de reescrever uma nova

³⁶⁹ *Ibid.*

proposta de decisão que represente o entendimento resultante da deliberação colegiada.³⁷⁰

Devido a isso, o relator tem ciência, desde o momento em que a causa lhe é distribuída ao início do procedimento, de que terá de preparar uma decisão que seja aceita pelo colegiado e produza um julgamento *per curiam*.

Ao contrário do que sucederia no arranjo deliberativo do Supremo Tribunal Federal, no modelo continental europeu o relator não tem apenas a responsabilidade de escrever o seu voto individual e o submeter ao colegiado na sessão de julgamento para uma votação segundo a lógica binária do “tudo ou nada”, do voto vencedor ou vencido.³⁷¹

Sua missão, ao contrário do que se passa no contexto brasileiro, é a de redigir uma proposta de decisão que expresse o entendimento resultante da deliberação colegiada. Com efeito, sua preferência individual por determinada solução haverá de ceder espaço ao interesse coletivo.

Essa prática quanto à designação e quanto à manutenção de um magistrado como condutor do caso e concomitantemente como redator da decisão institucional é fundamental para toda a estruturação do arranjo deliberativo no contexto continental europeu.

Como na sessão de deliberação e julgamento o relator almeja alcançar a adesão da unanimidade de seus pares, há o incentivo para que, desde o início do procedimento, venha a deliberar com seus pares de forma a conhecer as variadas posições e, assim, elaborar um projeto de decisão que atraia a maioria.

Nesse cenário é estratégico que o relator assegure uma maioria previamente à referida sessão de deliberação. Isso porque, caso sua proposta de decisão seja rejeitada nesta sessão – isto é, caso reste vencido -, terá que refazer a minuta da decisão, o que representaria um acréscimo de sua carga de trabalho e o atraso na resolução do caso até uma sessão futura.³⁷²

³⁷⁰ CORTE COSTITUZIONALE, **Che cosa è la Corte Costituzionale**, p. 51; ROMBOLI, La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental, p. 44.

³⁷¹ Sobre tal lógica preponderante no STF, v. DA SILVA, Deciding without deliberating.

³⁷² TARUFFO, Institutional factors influencing precedents, p. 450–451.

Daí tem-se uma fundamental característica do modelo continental europeu, ou ao menos das Cortes ora tratadas: parte da deliberação acontece - formal ou informalmente - antes da sessão de deliberação e julgamento. Como visto, estrutura-se aqui um arranjo institucional no qual o protagonismo do relator é amenizado por interações deliberativas segmentadas ao longo do processo de tomada de decisão.

Em certos contextos, a interação se dá com o colegiado em sessões preparatórias;³⁷³ em outros casos a deliberação é mais restrita a determinado membro da Corte, tal como aquela interação que sucede pela intervenção do revisor no Conselho de Estado Francês, com o jurisconsulto na Corte Europeia de Direitos Humanos ou com o “*rapporteur public*” nas várias Cortes que adotaram o modelo decisório francês.

Ao longo do procedimento decisório, o relator irá buscar conciliar sua posição a respeito do caso com as posições dos demais personagens que interagem deliberadamente.

Portanto, resta claro que a estrutura da decisão adotada modelo continental europeu (*per curiam* e sem a divulgação de votos dissidentes),³⁷⁴ somada ao papel desempenhado pelo relator e à inexistência de regras de redesignação de um novo redator para o acórdão para a hipótese do relator restar vencido na deliberação colegiada, impacta substancialmente na dinâmica deliberativa.

Deliberar intensivamente acaba sendo uma exigência quase natural.³⁷⁵

Por outro lado, assim como a estrutura da decisão gera reflexos na deliberação colegiada, esta igualmente repercute no conteúdo da decisão.

Na medida em que toda a atividade deliberativa é orientada pelo ideal consensual, pelo objetivo maior de chegar a uma solução que atraia o consentimento de todo o colegiado, é natural a exigência de se acomodar na fase redacional preferências nem sempre harmônicas.

³⁷³ V. item 3.2.4, *supra*.

³⁷⁴ FEREJOHN; PASQUINO, Constitutional adjudication, p. 1692–1693.

³⁷⁵ V. a respeito: MENDES, **Constitutional courts and deliberative democracy**, p. 28–29.

Isso tudo é corroborado por um arranjo institucional que, ao menos em algumas das Cortes analisadas, conduz a deliberação em duas fases: primeiramente, o colegiado delibera em linhas gerais sobre o resultado e seus fundamentos; em segundo lugar, delibera-se sobre o texto propriamente dito.

Isso acaba marcando uma fase redacional em certa medida interativa, ainda que capitaneada pelo relator.³⁷⁶

Se o colegiado pode, em certa medida, influenciar na fase redacional, já que o texto é efetivamente submetido à deliberação, é usual que alterações, atenuações e concessões decorrentes do compromisso colegiado reflitam no texto da decisão, muitas vezes deixando-o mais abstrato, ambíguo e incoerente.

³⁷⁷

É este o maior ponto de crítica destinada à decisão institucional *per curiam*. Se, por um lado, ao permitir que a Corte fale em uma só voz tem-se, em tese, uma contribuição para a fortificação de certos atributos que compõe o princípio do Estado de Direito, tal como a certeza, a previsibilidade e clareza; por outro, pode, paradoxalmente, gerar decisões dotadas de maior abstração e ambiguidade.

O impacto disso na técnica de precedentes é idêntico. Quando a Corte pronuncia-se em uma só voz, a rigor seria mais simples a identificação da *ratio decidendi*. Por outro lado, se eventualmente a decisão *per curiam*, para alcançar o consenso do colegiado, abstrair o escopo do *decisum* a ponto de negligenciar

³⁷⁶ A exemplo do que sucede na Corte Constitucional Italiana: “Può anche accadere che la maggioranza, non condividendo il testo della motivazione, inviti il redattore a presentarne un altro, o a formulare qualche parte modificata o aggiunta: in questo caso la lettura viene rinviata finché non è pronto e distribuito il nuovo testo.” (CORTE COSTITUZIONALE, **Che cosa è la Corte Costituzionale**, p. 51).

³⁷⁷ É o risco da opacidade e ambiguidade que bem explica Conrado Hübner Mendes: “The obligation to reach a unitary text may, however, unexpectedly contribute to opacity and ambiguity rather than clarity. It may turn to ‘faux unanimity.’ Single opinions would still carry two other types of danger. The first would be epistemic: since they reflect the highest common denominator, they would lack attention to details and individual insights, and therefore hinder the development of the law. A relevant amount of deliberative energy would be wasted for future cases. Second, they could, at some stage, become oppressive (even if judicial independence is not conceived as an unlimited right to dissent).” (MENDES, **Constitutional courts and deliberative democracy**, p. 170–171).

a individualização dos fatos do caso, os fundamentos jurídicos e as potenciais interpretações, acabará negando funcionalidade ao precedente.

No entanto, este balanceamento entre prós e contras não pode ser mensurada senão no caso concreto e diante de cada arranjo institucional em particular. Como se verá a seguir, no exame da deliberação no direito norte-americano, a adoção de uma técnica deliberativa distinta carrega também vantagens e desvantagens.

De qualquer sorte, restar dizer que, ainda que haja evidentes variações entre as Cortes analisadas e que seja arriscado rotulá-las dentro um mesmo modelo, resta perceptível uma semelhança importante: deliberar antes de decidir é uma exigência inexorável dentro deste arranjo institucional, porquanto não se revela possível ao julgador pretender avançar sua posição individual sem dar atenção às posições dos demais integrantes do colegiado.

3.3 Procedimento e práticas deliberativas no modelo estadunidense

Parte-se agora para o exame da Suprema Corte dos Estados Unidos, que é adotada como representativa do modelo da *common law*, embora se façam referências pontuais à Suprema Corte do Reino Unido. A seguir, analisar-se-á o processo de tomada de decisão em quatro momentos: a fase de exame do *writ of certiorari*, a fase de estudo do caso e sustentação oral, a sessão de deliberação propriamente dita e a fase subsequente, dedicada à elaboração da decisão e sua publicação.

3.3.1 Writ of certiorari: decidindo o que decidir

A Suprema Corte dos Estados Unidos é dotada de competências originária (*original jurisdiction*) e recursal (*appellate jurisdiction*), sendo que esta última se divide em obrigatória e discricionária. A imensa maioria dos

casos chega a Suprema Corte pelo exercício desta última competência,³⁷⁸ também denominada de *jurisdiction on certiorari*. Para tanto, a parte que se reputa prejudicada pela decisão de uma Corte inferior, dirige um pedido de revisão a Suprema Corte (petição de *certiorari*).³⁷⁹

Caso quatro dos nove ministros defiram o *writ*, o caso será então admitido, inserido no *docket*,³⁸⁰ e adiante decido pela Suprema Corte.

A decisão sobre quais casos serão futuramente decididos é integralmente discricionária³⁸¹ e, como se verá adiante, tomada em uma sessão de deliberação sigilosa (*conference*), na qual apenas participam os magistrados. Por se tratar de um exercício de poder discricionário da Corte, não há a publicação das razões pelas quais o *certiorari* é admitido ou não.³⁸²

Logo, com esse mecanismo, a Suprema Corte discricionariamente seleciona, a partir de um volume imenso de casos, alguns poucos a serem decididos por serem reputados de maior repercussão:

A corte aceita submeter à sua apreciação casos de grande interessa nacional, com o objetivo de uniformização nacional da questão. Ela recebe cerca de 8 mil pedidos de *writ* a *certiorari* por exercício (que inicia no começo de outubro e termina no final de junho ou no início de julho subsequente), apenas 100, aproximadamente são concedidos. Quanto a corte rejeita a concessão de um *writ*, não justifica a sua decisão. Ainda, a negativa de concessão de um *writ* a *certiorari* não pode ser considerada precedente de uma análise da questão legal do caso pela corte.³⁸³

³⁷⁸ Segundo Toni M. Fine, o número de casos examinados pela Suprema Corte dentro da competência originária, assim com da recursal obrigatória é bastante restrita. (FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**, São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 37).

³⁷⁹ FINE, *Ibid.*, p. 37.

³⁸⁰ *Docket* é a pauta de casos a serem julgados pela Corte durante o ano judiciário.

³⁸¹ “The Court’s disposition of these requests is a matter of complete discretion.” (GREENHOUSE, Linda, **The U.S. Supreme Court: a very short introduction**, New York: Oxford University Press, 2012, p. 53).

³⁸² STEVENS, John Paul, Deciding what to decide: The docket and the rule of four, in: O’BRIEN, David M. (Org.), **Judges on judging: views from the bench**, 4. ed. Thousand Oaks: CQ Press, 2013, p. 135–136.

³⁸³ FINE, *Ibid.*, p. 38.

Originariamente todos os *Justices* examinavam individual e pessoalmente cada um dos pedidos de *certiorari*, a fim de se preparar para a sessão de deliberação no qual estes serão apreciados. Porém, a partir do século XIX, quando o volume de trabalho tornou-se bastante extenso, os *Justices* começaram a delegar o exame dos pedidos de *certiorari* para seus assessores.

Inicialmente, cada juiz incumbia sua assessoria de examinar os pedidos e preparar o memorando para orientação durante a sessão. Na década de 70, sobre a presidência de Warren Burger, a Corte criou um setor de *certiorari* para racionalizar o exame dos pedidos (*certiorari pool*).³⁸⁴

Assim, ao invés de cada gabinete preparar seus próprios memorandos para cada pedido de *certiorari* (o que gerava a produção de nove memorandos para cada pedido), consolidou-se tal atividade perante um setor composto por assessores de todos os *Justices*, para os quais são atribuídos aleatoriamente cada um dos pedidos, embora a participação no *certiorari pool* não seja compulsória.³⁸⁵

O assessor responsável prepara um memorando - composto pelo resumo do caso e pela sugestão quanto a sua admissibilidade - e o remete para todos os *Justices*, que são então revistos pelas respectivas assessorias.

Em caso de dúvidas, os autos podem ser requisitados por qualquer *Justice* para um exame complementar, o que pode porventura resultar na elaboração de um memorando adicional.³⁸⁶ Por isso, nada impede que cada *Justice* pessoalmente estude antecipadamente os casos que repute relevantes.

Antes das sessões sigilosas para decidir os pedidos de *certiorari*, o presidente (*Chief Justice*) circula uma lista dos casos que merecem ser discutidos (*discuss list*). Qualquer um dos magistrados pode acrescentar outros

³⁸⁴ HALL et al, *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, op. cit., p. 155-156.

³⁸⁵ Embora atualmente um dos *Justices*, Samuel Alito, tenha decidido não integrar o “*cert pool*”, sob o argumento de que erros acontecem por meio deste procedimento. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2008/09/26/washington/26memo.html>> Acesso em: 15.02.2014

³⁸⁶ HALL, Kermit L.; ELY, James W.; GROSSMAN, Joel B., **The Oxford companion to the Supreme Court of the United States**, Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 156.

casos na lista. Os casos que não são incluídos nesta lista - que representam 70% - tem o *writ* automaticamente negado.

Na sessão de deliberação, o presidente anuncia o caso e normalmente há uma única rodada de discussão, seguida da votação. Para cada caso, seguindo a ordem de antiguidade, cada magistrado faz suas ponderações a fim de sustentar a concessão ou não do *writ*.³⁸⁷

No momento da votação, segue-se igualmente a ordem de antiguidade. Para que um caso seja admitido, são necessários os votos de quatro *Justices* neste sentido (*rule of four*).³⁸⁸

Embora a composição integral da Corte esteja formada para decidir os pedidos de *certiorari*, não se pode dizer que se manifeste nesta etapa uma deliberação aprofundada a respeito do caso, já que os *Justices* não discutem propriamente o mérito do caso (admitir ou rejeitar o pedido recursal). A discussão limita-se a saber se o *certiorari* merece ser ou não concedido, sem adentrar-se no mérito da causa.³⁸⁹

³⁸⁷ STEVENS, Deciding what to decide: The docket and the rule of four, p. 136.

³⁸⁸ “In conference, most cases receive very little discussion. The chief justice announces the case and the justices simply vote, in order of seniority, to grant or deny the case. If any justice feels that a case merits discussion, the justices speak and vote in order of seniority. For some time, scholars thought votes were taken in reverse order, but even if this once was the case, it is not so now. If four justices vote in favor, cert is granted.” (HALL; ELY; GROSSMAN, **The Oxford companion to the Supreme Court of the United States**, p. 155).

³⁸⁹ “By a customary ‘rule of four,’ it takes the votes of four justices to accept a case for argument and decision—to ‘grant cert.’ Since four is, of course, one short of a majority, this necessarily evokes strategic behavior in close cases about which justices feel particularly strongly. Suppose four justices are persuaded that a petition should be granted because they believe the lower court’s decision was seriously mistaken. If they are uncertain about the eventual availability of a fifth vote, they might pass up the opportunity to grant the case, rather than have it decided in a way that creates the ‘wrong’ rule for the entire country. Political scientists call this a ‘defensive denial.’ More often, however, justices may view the eventual outcome as less important than the need to resolve a conflict among the lower courts, particularly in cases of statutory interpretation.” (GREENHOUSE, **The U.S. Supreme Court: a very short introduction**, p. 54).

Com a admissão, o caso será oportunamente decidido pela Suprema Corte.³⁹⁰ Antes, porém, os advogados das partes são intimados para apresentar manifestações por escrito (*briefs*).³⁹¹

3.3.2 A divisão do trabalho no colegiado

Uma importante característica do julgamento colegiado na Suprema Corte dos Estados reside no fato de que todos os juízes devem estudar e conhecer os detalhes do caso. E isso acontece porque a Suprema Corte dos Estados Unidos não opera com a figura do relator, mas sim, conforme será melhor explicado a seguir, com a designação do “redator” da decisão após o colegiado ter deliberado a respeito de como decidir o caso. Em síntese, delibera-se sobre o tratamento a ser dado ao caso para, daí então, designar aquele que redigirá a decisão.

No modelo continental europeu, conforme antes examinado, os membros do colegiado não têm a obrigatoriedade de se familiarizar profunda e diretamente com os elementos constantes dos autos, em face do procedimento decisório que atribui tal encargo ao relator ou alguém que lhe faça as vezes (tal como o relator leigo ou os *staff lawyers*) logo no início do procedimento.

No modelo norte-americano, por sua vez, nesta fase inicial a condução do caso é muito mais resultado de um esforço coletivo. Cada um dos membros do colegiado deve examinar os *briefs*, levar a cabo o estudo e as pesquisas necessárias para alcançar a sua convicção e preparar um memorando interno antes da sustentação oral.³⁹² Hodiernamente, a Suprema Corte decide, em

³⁹⁰ É interessante notar que todos os casos selecionados – algo em torno de 80 a 100 – serão decididos ao longo do ano judiciário (*term*), que transcorre de outubro até junho do ano seguinte.

³⁹¹ *Brief* é o documento legal que apresenta o argumento da parte, seguido de eventuais documentos anexos que se fizerem necessários.

³⁹² “Because the justices have studied the facts of the case from the legal briefs and from the initial petitions well in advance of the time the case is actually heard, many justices have formed opinions before any oral arguments are made.” (WAGNER, Heather Lehr, **The Supreme Court**, New York: Chelsea House Publishers, 2007, p. 88).

média, pouco mais do que 100 casos durante o ano judiciário. Com isso, teoricamente cada um dos *Justices* dispõem de tempo adequado de estudar todos os casos que serão julgados. Contam, ainda, com o auxílio de assessores tanto na preparação de memorandos para a sustentação oral quanto na redação da decisão.

Os memorandos usados pelos *Justices* na sessão de sustentação oral geralmente abordam a causa detalhadamente, podendo ainda conter uma sugestão de julgamento do mérito. Tendo o memorando em mãos, é costume de certos *Justices* promover uma discussão preliminar com seus assessores no intuito de preparar-se para a sustentação oral, assim como para a futura sessão de deliberação.³⁹³

Com essa sistemática, os *Justices* estão plenamente informados sobre o caso por ocasião da sessão de sustentação oral (*oral argument*).³⁹⁴

É interessante observar que a razão de tal prática decisória deita raiz na ideia de que todos os membros do colegiado devem necessariamente ter o domínio do caso, ao invés de simplesmente tomar conhecimento deste a partir do exame levado a efeito pelo magistrado relator, que possivelmente já formou sua convicção sobre o mérito.³⁹⁵

Em outras palavras, prevalece o entendimento de que a perspectiva transmitida por apenas um juiz - até mesmo sobre fatos supostamente objetivos da causa - viria carregada de sua inclinação a respeito do mérito, tendendo para o risco de se ter a decisão de um homem só (*“one-man opinion”*). Há, portanto,

³⁹³ Esclarecedor a este respeito a entrevista concedida pelo *Justice* John Paul Stevens. Disponível em: <http://ylpr.yale.edu/sites/default/files/YLPR/stevens_30.pdf> Acesso em: 22.03.2014.

³⁹⁴ Tanto é que a regra do Regimento da Suprema Corte que disciplina a sustentação oral afirma que os advogados devem, ao preparar a sustentação partir da premissa de que todos os *Justices* leram os argumentos: Rule 28, “1. Oral argument should emphasize and clarify the written arguments in the briefs on the merits. Counsel should assume that all Justices have read the briefs before oral argument. Oral argument read from a prepared text is not favored.”

³⁹⁵ MOLINARI, The Decisionmaking Conference of the California Court of Appeal, p. 610; TRAYNOR, Some open questions on the work of state appellate courts, p. 217.

um grande receio que a preparação da minuta apenas por um dos julgadores dê a ele um forte controle sobre o destino do julgamento.³⁹⁶

Por isso, a Suprema Corte dos Estados Unidos não opera com a estrutura de relatoria.³⁹⁷ A atribuição do caso a um juiz específico para o fim de elaboração da decisão não acontecerá antes da sessão formal de deliberação.

Logo, o papel do magistrado que elabora a decisão colegiada no modelo da *common law* é fundamentalmente diferente do juiz relator da *civil law*, visto que este último é incumbido da condução do caso desde o princípio e da apresentação aos seus pares (tanto no que diz respeito à descrição dos fatos e questões jurídicas arguidas, quanto à solução proposta) do modo que melhor lhe convém. Vale dizer, o relator tem a prerrogativa de conceber a forma de selecionar, expor e abordar as questões a serem decididas pelo colegiado. Em muitos casos, o recorte e a abordagem feita pelo relator é determinante para o resultado do julgamento.

Ademais, na *civil law*, com a nomeação do relator, há a tendência de que os demais membros do colegiado não tenham tanto interesse ou tempo hábil para aprofundar-se sobre um processo do qual não estão encarregados, sobretudo quando a Corte encontra-se sobrecarregada de trabalho. Como apontado nos itens anteriores,³⁹⁸ o colegiado aguardará o relatório do relator, seja nas sessões intermediárias, seja na sessão formal de deliberação.

Além disso, conforme se verá adiante, no sistema estadunidense o juiz que irá redigir a decisão não tem tamanho controle sobre o caso como na *civil law*, eis que, quando lhe é atribuída a função de redação da *opinion*, as circunstâncias fáticas e jurídicas da lide são conhecidas de todos e já foram objeto da deliberação colegiada.

³⁹⁶ MOLINARI, The Decisionmaking Conference of the California Court of Appeal, p. 610; TRAYNOR, Some open questions on the work of state appellate courts, p. 217.

³⁹⁷ Não se deve entender que o modelo exposto se aplica a todos os tribunais dos Estados Unidos. Há cortes inferiores cujo procedimento prevê a designação de um relator.

³⁹⁸ V. item 3.2.1.

Vale dizer, ao contrário do que sucede nas Cortes europeias antes estudadas,³⁹⁹ o juiz redator da decisão na Suprema Corte dos Estados Unidos não necessita da unanimidade do colegiado, na medida o resultado provisório do julgamento - ainda que em linhas mais gerais e de forma não definitiva - define-se na deliberação colegiada. Sua missão é de redigir o texto da decisão de sorte tal que reflita o que fora deliberado pelo colegiado e, com isso, conservar a coalizão majoritária.⁴⁰⁰

3.3.3 A sustentação oral

Diversamente do que ocorre no modelo continental europeu - no qual se observa a mera exposição oral pelos advogados, acompanhada da contemplação passiva dos magistrados -, no sistema anglo-americano a sustentação oral assemelha-se muito mais a um debate entre o colegiado e os advogados.

Nesta tradição jurídica, o debate oral ocupa um papel extremamente relevante, na medida em que os magistrados usam tal oportunidade para reunir informações adicionais da causa e para questionar os advogados sobre pontos de maior polêmica ou insuficientemente abordados nos *briefs*. Não se restringe esta fase, portanto, à mera exposição oral da causa pelos advogados.

Tal diferença pode ser compreendida a partir do papel do princípio da oralidade no sistema da *common law*, conforme obtempera Robert Martineau:

O coração do sistema legal inglês, sobre o qual todos os principais aspectos estão baseados, é a tradição oral. Esta tradição dita que cada etapa do processo que conduz à resolução do litígio submetido

³⁹⁹ Ao menos naquelas Cortes que operam com o modelo de decisões unânimes.

⁴⁰⁰ Dando conta de tal ideia, Mark Tushnet narra que a cada ano o então Justice William Brennan questionava seus assessores sobre qual seria a regra mais importante do direito constitucional. Depois de vê-los em dificuldades nomeando os grandes precedentes um após o outro, Brennan, segurando uma das mãos com os dedos abertos, dizia que aquela era “the most important rule in constitutional law”. Brennan knew that it took five votes to do anything, and, he may have thought, with five votes you can do anything.” (TUSHNET, Mark, **A Court divided: The Rehnquist Court and the future of Constitutional Law**, New York: W.W. Norton & Co., 2005, p. 35).

às Cortes - a apresentação das provas, os argumentos dos advogados, a deliberação do juiz, a tomada da decisão pelo juiz, o anúncio da decisão e seus fundamentos - deve ser feito em público.⁴⁰¹

Deste modo, historicamente, Cortes da *common law* desempenham a sua função oralmente em sessões de julgamento, seja nos julgamentos singulares ou colegiados.⁴⁰² É o que explica John M. Harlan II, antigo juiz da Suprema Corte, para quem o método socrático de intercâmbio entre advogados e a Corte consubstancia o melhor procedimento para se chegar ao cerne de uma questão.⁴⁰³

No Reino Unido, de modo mais enfático, a sustentação oral é uma parte vital do procedimento judicial, sendo que o debate entre o colegiado e os advogados pode, em determinadas situações, ser de exaustiva intensidade:

Na Inglaterra, Escócia e Irlanda, o processo de tomada de decisão judicial é, em grande medida, público, por ocasião em que os advogados debatem o problema com o colegiado. Na *House of Lords*, os advogados e os cinco *Law Lords* discutem com formal polidez, mas com exaustiva intensidade por horas ou dias a respeito das relevantes questões de princípio. O debate oral é uma parte vital da tomada de decisão. Juízes debatem uns com os outros e com os advogados.⁴⁰⁴

Aliás, advogados formados na tradição da *civil law* certamente ficariam surpresos ao saber que na Suprema Corte do Reino Unido a fase de debate oral

⁴⁰¹ MARTINEAU, Robert J. Appellate Justice in England and the United States: A comparative analysis. Buffalo: William S. Hein & Co., Inc., 1990, p. 101.

⁴⁰² JOLOWICZ, John Anthony, Orality and immediacy in English Civil Procedure, **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, v. 24, 1975, p. 595–608.

⁴⁰³ Segundo ele, “this is one of the most important things, the job of course is not merely one of an umpire in disputes between litigants. Their job is to search out the truth, both as the facts and the law, and that is ultimately the job of the lawyers, too. And in that joint effort, the oral argument gives an opportunity for interchange between court and counsel which the briefs do not give. For my part, there is no substitute, even within the time limits afforded by the busy calendars of modern appellate courts, for the Socratic method of procedure in getting at the real heart of an issue and in finding out where the truth lies”. (HARLAN II, John M., The role of oral argument, in: O’BRIEN, David M. [Org.], **Judges on judging: views from the bench**, 4. ed. Thousand Oaks: CQ Press, 2013, p. 145).

⁴⁰⁴ FORRESTER, The judicial function in European Law and Pleading in the European Courts, p. 707.

dura, em média, 2,18 dias.⁴⁰⁵ Em casos excepcionais, como em *A v. National Blood Authority* (versando sobre a responsabilidade por problemas na transfusões de sangue contaminadas por um tipo de hepatite indetectável), a fase de debates orais perante a *English High Court of Justice* durou nada mais do que quatorze dias.⁴⁰⁶ É bem verdade que os debates orais no contexto inglês tem uma perspectiva muito mais ampla, já que envolvem toda a apresentação e problematização do caso diante da Corte e não apenas um mero apanhado derradeiro, como acontece no Brasil, por exemplo.

Na Suprema Corte dos Estados Unidos, as sessões são muito mais breves (30 minutos para cada parte)⁴⁰⁷ e sucedem a cada duas semanas, seguidos de um período nos quais os *Justices* preparam-se para a decisão a ser tomada na sessão de deliberação.

Apesar da brevidade da sustentação oral, nela os *Justices* desempenham uma função bastante ativa: participam no diálogo com os advogados e raramente permitem que uma exposição prolongue-se sem que seja interrompida por questionamentos.⁴⁰⁸

Dando conta disso, Lawrence Baum aponta que, em cada sustentação oral (de 30 minutos), cerca de 100 perguntas são dirigidas aos advogados, havendo situações em que tal número pode duplicar.⁴⁰⁹

Na prática deliberativa da Corte, as indagações têm o propósito de avaliar os pontos fortes e fracos da argumentação,⁴¹⁰ coletar informações ou obter esclarecimentos,⁴¹¹ embora em certas ocasiões os *Justices* levantem novas

⁴⁰⁵ PATERSON, Alan. *The Last Law Lords and the Supreme Court*. Oxford: Hart Publishing, 2013, p. 82.

⁴⁰⁶ FORRESTER, op. cit., p. 708.

⁴⁰⁷ Segundo a Rule 28, das Supreme Court Rules, a cada parte são outorgados 30 minutos, embora possam haver tratamento excepcionais desde que antecipadamente requeridos.

⁴⁰⁸ BAUM, *The Supreme Court*, p. 179.

⁴⁰⁹ BAUM, *The Supreme Court*, p. 179.

⁴¹⁰ REHNQUIST, William. Oral advocacy: a disappearing art.” *Mercer Law Review*, 34, 1984, p.1015–1028.

⁴¹¹ JOHNSON, Oral arguments and decision making on the United States Supreme Court, op. cit., p. 21-30.

questões⁴¹² ou apresentem questões meramente hipotéticas a fim de testar os argumentos das partes.⁴¹³

É ainda importante frisar que a sustentação oral configura o primeiro momento em que todos os *Justices* reúnem-se pessoalmente para examinar e deliberar sobre o mérito do caso – uma vez que, como antes apontado, a sessão para exame dos pedidos de *certiorari* é confinada à admissibilidade da demanda e não ao exame de mérito.

A profícua discussão travada neste momento processual apenas é factível porque os *Justices* já promoveram o estudo do caso e estão munidos de memorandos previamente elaborados e discutidos com a sua equipe de *clerks*.⁴¹⁴

Doutrinariamente, há divergência se as sessões de sustentação oral permitiram extrair uma previsão do resultado do julgamento ou a inclinação dos membros do colegiado. Ao que tudo indica, os *Justices* parecem usar o debate oral não apenas para obter informações complementares sobre o caso em exame, mas, em grande medida, para envolver-se em diálogo com os seus pares, fazendo denotar aí uma peculiar prática deliberativa.⁴¹⁵

De fato, do acompanhamento destas sessões, pode-se perceber que, em determinadas ocasiões, o debate desloca-se do eixo colegiado-advogado e passa a se dar entre os membros do colegiado, normalmente manifestado pela intenção de um dos *Justices* de fazer prevalecer seu ponto de vista em relação aos demais.

⁴¹² Como, por exemplo, a questão levantada pelo *Justice* White no importante caso *Roe v. Wade* (JOHNSON, Timothy R. **Oral arguments and decision making on the United States Supreme Court**. Albany: State University of New York Press, 2004, p. 21.

⁴¹³ GREENHOUSE, Linda. **The U.S. Supreme Court – A very short introduction**, New York: Oxford University Press, 2012, p. 51.

⁴¹⁴ Veja-se, por exemplo, Veja-se, por exemplo, os testemunhos dos vários *Justices* sobre essa fase de discussão interna, cf. LAMB, Brian; SWAIN, Susan; FARKAS, Mark, **The Supreme Court: A C-Span book featuring the Justices in their own words**, New York: PublicAffairs, 2011.

⁴¹⁵ JOHNSON, Oral arguments and decision making on the United States Supreme Court, op. cit., *passim*.

Em muitas hipóteses, aliás, a manifestação de posições e a discordância entre pontos de vista é exercida de forma proposital e acirrada, tal como o confronto entre William Rehnquist e Thurgood Marshall, num caso de 1981 versando sobre pena de morte.⁴¹⁶ Ou, ainda, como os corriqueiros duelos argumentativos entre Hugo Black e Felix Frankfurter, durante os quais os advogados apenas aguardavam passivamente até que lhes fosse novamente devolvida a palavra.⁴¹⁷

Timothy Johnson explica, nessa linha, que há apenas uma fase procedimental em que os *Justices* podem colher informações diretamente: a fase dos debates orais.⁴¹⁸ Ainda neste tocante, Johnson afirma nesta ocasião é que cada magistrado passa a notar os primeiros sinais do posicionamento dos demais colegas. Por isso, é frequente o uso de perguntas para o fim de chamar a atenção do colegiado para determinadas questões.⁴¹⁹

Levando-se isso em conta, há quem sugira que os questionamentos aduzidos por um *Justice* tenham muito mais a finalidade estratégica de convencer aos demais julgadores a respeito de seu ponto de vista ou, ao menos, sinalizar quais questões e argumentos reputa pertinentes para a solução daquele caso e que, com grande probabilidade, serão rearticulados na sessão de deliberação que sucederá na etapa seguinte.⁴²⁰

Assim, é na fase de sustentação oral que se principia uma peculiar forma de deliberação colegiada.

⁴¹⁶ BAUM, op. cit., p. 179.

⁴¹⁷ HALL et al, The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States, op. cit., p. 711.

⁴¹⁸ JOHNSON, p. 2.

⁴¹⁹ “Justice Breyer points out that “[during oral arguments] the Court is having a conversation with itself through the intermediary of the attorney” (America and the Courts 1998). Justice Scalia agrees: “It isn’t just an interchange between counsel and each of the individual justices; what is going on is to some extent an exchange of information among justices themselves” (This Honorable Court 1988). In short, justices, attorneys, and scholars who study oral arguments agree that questions during these proceedings act as signals to the rest of the Court about the preferences of the questioner.” (JOHNSON, op. cit., p. 61).

⁴²⁰ HALL et al, The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States, op. cit., p. 710-711.

3.3.4 A sessão privativa de deliberação

O principal objetivo da sessão de deliberação (*conference*), que sobrevém à sustentação oral, é a de permitir que cada um dos membros do colegiado apresente, de forma breve e em linhas gerais, a sua proposta de solução do caso. Portanto, a questão a ser decidida neste momento é muito mais a respeito do resultado⁴²¹ e, de forma ainda pouco elaborada, da fundamentação adotada pelos magistrados.⁴²²

É notadamente na etapa seguinte - de redação da decisão e de deliberação por escrito - que efetivamente começa um intenso e informal intercâmbio de argumentos (por meio de memorandos) entre os *Justices* a fim de se consolidar uma versão final do texto que venha a ser aderida pela maioria.⁴²³

Logo, a sessão sigilosa de deliberação e julgamento representa apenas um ponto de partida para a deliberação, o que difere substancialmente do que sucede no modelo da *civil law* antes examinado - em que se tem nesta fase o ponto final da deliberação e, portanto, de finalização do texto a ser publicado.⁴²⁴

Trata-se, portanto, na prática decisória da Suprema Corte dos Estados Unidos, de um momento crucial da deliberação, mas ainda não definitiva, em

⁴²¹ A sessão de deliberação “now serves only to discover consensus”. (COOPER, op. cit., p. 226)

⁴²² COOPER, Phillip; BALL, Howard. *The United States Supreme Court – From the inside out*. New Jersey: Prentice Hall, 1996; WAGNER, Heather Lee. *The Supreme Court*. New York: Chelsea House, 2007.

⁴²³ “The discussion in conference has been entirely oral and, as I have previously indicated, nine statements of the justices; but these statements do not invariably settle exactly how the opinion will be reasoned through. Something that sounded very sensible to a majority of the Court at conference may, when an effort is made to justify it in writing, not seem so sensible (...).” (REHNQUIST, William H., **The Supreme Court**, New York: Vintage, 2001, p. 254–255.

⁴²⁴ “In sum, the deliberation that began at conference continues in a variety of informal ways until the Court announces its decision in a case, often many months later.” (HALL; ELY; GROSSMAN, **The Oxford companion to the Supreme Court of the United States**, p. 203).

que o resultado ali alcançado poderá sofrer mudanças ao longo da fase seguinte, conforme se exporá adiante.⁴²⁵

Outro aspecto a ser destacado é que o conteúdo dessas sessões é sigiloso e confidencial.⁴²⁶ À semelhança do que sucede nas cortes europeias, na Suprema Corte dos Estados Unidos as únicas pessoas autorizadas a estar na sala de sessão são os nove *Justices*. Paradoxalmente, as normas regimentais da Suprema Corte não preveem tal sessão, tampouco como esta deva suceder. A forma como ela se desenrola - duração, procedimento e confidencialidade - é fruto da mera tradição.

No que diz respeito especificamente à confidencialidade da deliberação, Lewis Powell Jr., juiz aposentado da Suprema Corte, assinala que a existência de uma fase deliberativa fora do alcance público é benéfica, eis que estimula o debate franco e a disposição para considerar os argumentos dos demais.⁴²⁷

Este mesmo aspecto é defendido pelo antecedente *Chief Justice* da Suprema Corte, William Rehnquist, ao afirmar que a deliberação em sigilo possibilita o intercâmbio de perspectivas que seria inibido pela publicidade e

⁴²⁵ POWELL JR., Lewis F., What really goes on at the Supreme Court, in: O'BRIEN, David M. (Org.), **Judges on judging: views from the bench**, 4. ed. Thousand Oaks: CQ Press, 2013, p. 127–128.

⁴²⁶ O melhor seria dizer relativamente confidencial, porquanto, ao longo dos anos, muitas entrevistas, memórias e obras de juizes da Suprema Corte têm revelado as nuances da sessão de deliberação, v. O'BRIEN, David M. (Org.), **Judges on judging: views from the bench**, 4. ed. Thousand Oaks: CQ Press, 2013; LAMB; SWAIN; FARKAS, **The Supreme Court: A C-Span book featuring the Justices in their own words**; COOPER, Phillip J.; BALL, Howard, **The United States Supreme Court: from the inside out**, Upper Saddle River: Prentice Hall, 1996.

⁴²⁷ “The integrity of judicial decision-making would be impaired seriously if we had to reach our judgments in the atmosphere of an ongoing town meeting. There must be candid discussion, a willingness to consider arguments advanced by other Justices, and a continuing examinations and reexamination of one’s views. The confidentiality of this process assures that we will review carefully the soundness of our judgments. It also improves the quality of our written opinions.” (POWELL JR., What really goes on at the Supreme Court, p. 128).

pelo constante receio de ridicularização decorrente da exposição de opiniões em público.⁴²⁸

Nada obstante tal sigilo, relatos, entrevistas de membros da Suprema Corte, antigos e atuais, demonstram que a prática deliberativa da Suprema Corte dos Estados Unidos opera de forma semelhante ao que sucede no momento de apreciação das petições de *certiorari*. Aliás, a mesma sessão privativa é dedicada a tratar destes dois temas: numa primeira parte, examinar a atual lista de pedidos de *certiorari*; na segunda, deliberar sobre os casos que tiveram sustentação oral nas últimas semanas e designar o juiz redator da *opinion* da Corte.

Neste ambiente, o *Chief Justice* dirige a ordem do dia, abrindo a discussão de todos os casos, resumindo os fatos, expondo as questões jurídicas implicadas em cada um e, finalmente, apresenta sua proposta de solução. A partir daí, na ordem de antiguidade, cada membro do colegiado manifesta-se e apresenta seu ponto de vista.⁴²⁹

Há uma regra tácita na sessão de deliberação, explicada pelo atual Justice Stephen Breyer, segundo a qual ninguém se pronuncia duas vezes antes que todos tenham falado uma primeira vez.⁴³⁰ Trata-se de um costume

⁴²⁸ “The result of this fact is twofold. First, it permits a remarkably candid exchange of views among the members of the Conference. This candor undoubtedly advances the purpose of the Conference in resolving the cases before it. No one feels at all inhibited by the possibility that any of this remarks will be quoted outside of the Conference Room, or that any of his remarks will or ill conceived ideas, which all of us have at times, will be later held up to public ridicule. I think this fact is generally recognized, and it is, I believe, a consideration of some importance.” (REHNQUIST, William H., *The Supreme Court’s Conference*, in: O’BRIEN, David M. [Org.], **Judges on judging: views from the bench**, 4. ed. Thousand Oaks: CQ Press, 2013, p. 134).

⁴²⁹ “Following discussion of matters relating to the Court’s docket and of any miscellaneous items and motions awaiting the attention of the justices, the chief justice moves on to the deliberation of the cases argued before the Court in the previous few days. Customarily, the chief justice frames the discussion of a case with a review of its facts and mention of its history and of relevant legal precedent. In descending order of seniority, the remaining justices present their views. (...) By contrast, recent practice suggests that the initial comments of each justice carry an indication of that individual’s vote, making a separate vote unnecessary in most instances. After everyone has spoken, the chief justice announces his vote tally before moving on to the next case.” (HALL, op. cit., p. 202-203)

⁴³⁰ “Now, one of the best rules – and I think it’s true for any group – the rule of that conference is no one speaks twice until everyone has spoken once.” Disponível em:

destinado a permitir que todos os juízes, dos mais antigos aos mais novos, possam expor sua posição, muito embora a ordem de antiguidade geralmente faz com que, ao momento em que o mais novo membro do colegiado venha a se pronunciar, a questão já esteja decidida, havendo pouco espaço para que possa influenciar os demais.⁴³¹

De qualquer forma, para permitir eventual ponderação, conduzem-se duas rodadas de deliberação, a partir da qual já se pode computar os votos sobre qual é a posição ou abordagem que conta maior adesão do colegiado - isso quando o resultado já não se torna óbvio pelo pronunciamento de cada um, dispensando, assim, a votação.

O que merece maior atenção neste momento é o questionamento sobre quanto desta etapa é dedicada a uma efetiva deliberação, apta a proporcionar um livre intercâmbio de argumentos com o fim de alcançar a melhor solução para o caso.

Em outras palavras, a questão que se põe é: quanto desta dinâmica decisional pode ser vista como um debate argumentativo que visa a exposição, consideração e reflexão recíproca sobre os variados pontos de vista? Quanto disso configura uma real disposição dos juízes para convencer e deixar-se ser convencido de modo a adotar uma decisão consensual?

Embora se trate de uma sessão sigilosa e muito do que aconteça nestas sessões seja objeto de mera especulação, alguns estudiosos da Suprema Corte reportam que, em muitos casos, não há verdadeiramente um debate construtivo, tampouco um esforço persuasivo recíproco.

De acordo com esta perspectiva, os membros do colegiado não debatem ou questionam o mérito da posição adotada pelos seus pares, tampouco tentam reformular seu ponto de vista para fazê-lo mais tolerável ou para obter um consenso. Simplesmente as posições individuais são lançadas.

<http://supremecourt.c-span.org/Video/JusticeOwnWords/SC_Jus_Breyer.aspx > Acesso em: 13.03.2014.

⁴³¹ REHNQUIST, *The Supreme Court*, p. 254–255.

É esta a opinião do *Justice* Anthony Scalia, para quem a função da sessão de deliberação é muito mais a de permitir o conhecimento das posições dos demais membros do colegiado para a hipótese de que a redação da decisão eventualmente lhe seja conferida.⁴³²

Todavia, não se trata de uma questão pacífica. Memórias e declarações de diferentes *Justices* retratam um quadro oposto, marcado por intrincados debates e profunda deliberação colegial.⁴³³

Em que pese essa dissintonia a respeito do nível do desempenho deliberativo da Corte, o que se revela pacífico é que a dinâmica da deliberação é fortemente influenciada pela colegialidade vigente em determinado momento histórico e pelo estilo de liderança de cada presidente da Corte.

Em sua obra sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos, o antigo presidente da Corte William Rehnquist menciona o evidente contraste das práticas deliberativas de alguns presidentes que lhe antecederam, especialmente Charles Evans Hughes e Harlan Stone.

O primeiro controlava rigorosamente a discussão, limitando o tempo dedicado a cada caso, a fim de dar andamento aos trabalhos do colegiado sem maiores delongas. Se, de um lado, esta forma de condução tornava o trabalho

⁴³² Cf.: “It is really not an occasion on which we try to persuade one another. Very few minds are changed at conference. Each justice states his or her view of the case and how he or she votes. And you go right around the table, and if in the middle of somebody’s presentation, you disagree with something that that person says...I mean, if when John Stevens is speaking, you know, I say ‘Wait, John, now why do you say that?’ That would not happen. Or if it did happen, the chief justice would say, you know, ‘Nino, you’ll have your turn. John is speaking now. Let him finish.’ When we get all a round, yes, at the end, you can speak a second time and, you know, raise some of these questions. But it is not really an exercise in persuading each other, it’s an exercise in stating your views and the rest of us take notes, and that’s its function. You take notes so that if you get assigned the opinion, you know how to write it in a way that will get at least four other votes besides your own, and that’s its principle function.” (LAMB; SWAIN; FARKAS, **The Supreme Court: A C-Span book featuring the Justices in their own words**, p. 62–63).

⁴³³ É o que se vê dos documentos de William O. Douglas, em que se sugere discussões acaloradas e intensas (COOPER; BALL, op. cit., op. 224-244). Do mesmo modo é a opinião de Powell: “However, Powell’s annotated docket sheets report many instances of a justice’s acceding to or being persuaded by the views of another justice. Not uncommonly, vote changes did result. Admittedly, most such instances resulted when the changing justice was initially ambivalent: “not at rest,” to use Powell’s phrase.” (SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J.; BENESH, Sarah C. **The Supreme Court in American Legal System**, New York: Cambridge University Press, 2005, p. 304)

mais efetivo e célere, por outro, impedia uma maior e mais espontânea deliberação, gerando um estado de constante tensão devido ao excesso de disciplina e de restrições impostas por Hughes.

Seu sucessor, Harlan Stone, contrariamente, optava por sessões marcadas por discussões mais amplas e menos formais, sendo que ele próprio iniciava o exame de cada caso com uma longa exposição, além de ter o costume de tecer comentários a respeito das soluções oferecidas pelos outros juízes. Por isso, as sessões eram mais extensas, permitindo ampla deliberação, porém difíceis de serem concluídas de forma célere. Conforme relata Rehnquist, embora as sessões não fossem marcadas pela tensão que se vivia sob a presidência de Hughes, em certas situações tornavam-se intermináveis.

Devido a isso, Rehnquist foi muito mais favorável ao estilo conciso e disciplinado de Hughes do que o padrão liberal de Stone.⁴³⁴

Semelhantemente a Scalia, Rehnquist compreendia a função da sessão de deliberação muito mais como uma ocasião para se tomar ciência dos diversos pontos de vista ventilados do que realmente com uma oportunidade para se persuadir os demais colegas, embora excepcionalmente isso pudesse acontecer.⁴³⁵

Por isso mesmo, conserva-se a tradição de que, após as posições de todos terem sido apresentadas (em geral, sem que sejam interrompidos por considerações de outros colegas), contam-se os votos para se identificar o resultado alcançado, conquanto, conforme restará esclarecido adiante, esse resultado ainda seja provisório e, portanto, passível de mudanças no decorrer da fase de redação da *opinion*.⁴³⁶

⁴³⁴ REHNQUIST, *The Supreme Court*, p. 256.

⁴³⁵ “But my years on the Court have convinced me that the true purpose of the conference discussion of argued cases is not persuade one’s colleagues through impassioned advocacy to alter their views, but instead, by hearing justice express his own views, to determine there from the view of majority of the Court. This is not to say that minds are never changed in conference; they certainly are. But this is very much the exception and not the rule, and if one gives some thought to the matter, this should come as no surprise” (REHNQUIST, *The Supreme Court*, op. cit., p. 258).

⁴³⁶ HALL; ELY; GROSSMAN, *The Oxford companion to the Supreme Court of the United States*, p. 202–203.

Já é possível reconhecer que, ao contrário do que se verifica no modelo continental europeu, a deliberação na Suprema Corte estadunidense não é tão direcionada à construção unanimidades, já que, adota o critério majoritário e, simultaneamente, permite a manifestação de votos individuais - sejam dissidentes ou concorrentes.⁴³⁷

Desse modo, após a deliberação que identifica a corrente majoritária, a sessão confidencial destina-se a designar aquele que terá o encargo de escrever os argumentos da Corte (isto é, da vontade majoritária) na forma de uma *opinion*.

Como todos os *Justices* já têm profundo conhecimento do caso e, especialmente, das posições dos demais colegas,⁴³⁸ a princípio qualquer um deles pode ser designado como redator da *opinion*.

A prática estabelecida é que, se o *Chief Justice* integra a maioria, é ele quem designa um dos integrantes desta coalização para escrever a *opinion* da Corte (*majority opinion*). Se o *Chief Justice* compuser a minoria, o mais antigo *Justice* compondo a maioria designa aquele que terá a tarefa de elaborar a *opinion*. Em qualquer dos casos, aquele que tem o poder de designar o redator, tem a prerrogativa de atribuir a tarefa a si mesmo.⁴³⁹

Em relação ao bloco minoritário, usualmente o mais antigo *Justice* é que faz a designação de quem redigirá o voto.⁴⁴⁰ Nada obsta ainda que cada um dos magistrados escreva individualmente uma *dissent opinion*.

Há, ao lado disso, a possibilidade de que os *Justices* concordem com o resultado adotado pela maioria, mas venham a discordar do fundamento utilizado ou de parte dele. Nesse caso, autoriza-se a elaboração de votos

⁴³⁷ V. item 3.3.6, *infra*.

⁴³⁸ Como visto anteriormente, uma das principais funções da sessão é que os juízes tomem nota das posições dos demais colegas, a fim de que, caso sejam designados redator da decisão, possam beneficiar-se do conhecimento e da troca de ideias tida na deliberação, assim como possam acomodar de forma adequada e correta as abordagens dos demais membros do colegiado.

⁴³⁹ O'BRIEN, David M. (Org.), **Judges on judging: views from the bench**, 4. ed. Thousand Oaks: CQ Press, 2013, p. 304–3061.

⁴⁴⁰ REHNQUIST, **The Supreme Court**, p. 265.

concorrentes (*concurring opinion*), que na contagem do resultado é parte da corrente majoritária, mas apresenta fundamentação diversa para alcançar o mesmo fim.

A fim de ilustrar o exposto, tome-se como exemplo um dos casos mais importantes julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, *Roe v. Wade*, no qual se decidiu que o direito ao aborto constitui direito à privacidade e, portanto, é protegido pela Décima Quarta Emenda da Constituição. Harry Blackmun foi o redator da decisão da Corte, tendo sido acompanhado por mais seis *Justices*. Dentro do bloco majoritário, três acompanharam o redator sem nada acrescentar e três deles escreverem votos concorrentes (Burger, Douglas e Stewart).

Pela minoria, Byron White escreveu o voto dissidente e foi acompanhado por Renquist, que também escreveu um outro voto dissidente em separado. Logo, ao todo, foram redigidos seis votos: além do voto condutor, houve três votos concorrentes e dois votos dissidentes.

Portanto, ao final do processo decisório, pode ocorrer que o trabalho da Corte resulte em diversas *opinions*, cada uma delas adotando resultados e fundamentações distintas. É preciso, assim, examinar como a fase de redação da decisão transcorre, a fim de compreender mais profundamente a prática deliberativa da Corte.

3.3.5 A fase de redação dos votos

Como apontado antes, a sessão sigilosa que ocorre após a sustentação oral é apenas o ponto de partida da deliberação, que irá efetiva e substancialmente se desenvolver na fase de elaboração dos votos.⁴⁴¹

Em grande medida isto se dá pela restrição temporal para se debater na sessão privativa de deliberação, conduzindo, por conseguinte, ao aumento da importância da interação informal que sucede após a sessão:

⁴⁴¹ COOPER; BALL, *The United States Supreme Court*, p. 226; REHNQUIST, *The Supreme Court*, p. 265.

Embora a sessão de deliberação continue a ser um estágio crucial no processo de tomada de decisão da Corte, a limitada oportunidade para uma discussão ampla dos casos na sessão tem aumentado a importância da interação judicial informal que acontece subsequentemente. A opinião do juiz sobre determinado caso, e até mesmo o seu voto, pode mudar nas semanas ou meses seguintes à sessão, quando os votos e memorandos são elaborados e as discussões informais prosseguem. Durante esse período, os juízes podem negociar a redação de trechos de passagens da decisão ainda em elaboração ou sugerir uma diferente abordagem para as questões jurídicas presentes no caso. Em suma, a deliberação que começou na sessão continua em uma variedade de maneiras informais até que a Corte anuncie sua decisão, geralmente muitos meses mais tarde.⁴⁴²

Com isso, tradicionalmente relegou-se a deliberação mais aprofundada para um momento posterior e num ambiente exterior à clausura da sessão privativa, bem como mediante um padrão diverso daquele vislumbrado pelos teóricos da democracia deliberativa. Vale dizer, a deliberação pessoal e direta cede espaço à deliberação escrita, intermediada por memorandos e por comentários nos *drafts* em circulação.⁴⁴³

O início deste procedimento deliberativo, como já se disse, dá-se com a designação do juiz redator da *opinion* em nome da maioria.⁴⁴⁴ Obviamente, cada magistrado tem uma maneira particular de elaborar a minuta da decisão. Alguns dependem mais de seus assessores, confiando a estes o encargo de elaborar os primeiros *drafts*, com o que passam a atuar como revisores dos textos.⁴⁴⁵

Kermit Hall aponta que, historicamente, a redação da decisão era entendida como a tarefa exclusiva dos juízes, em relação a qual os assessores podiam ajudar muito pouco. Gradualmente, os juízes tornaram-se editores das

⁴⁴² HALL; ELY; GROSSMAN, *The Oxford companion to the Supreme Court of the United States*, p. 202–203.

⁴⁴³ REHNQUIST, *The Supreme Court*, p. 257.

⁴⁴⁴ Sobre a dinâmica de designação, v. *Ibid.*, p. 260–261.

⁴⁴⁵ COOPER; BALL, *The United States Supreme Court*, p. 225.

decisões redigidas pelos assessores, sendo que, atualmente, a anomalia é se deparar com um juiz que redija regularmente suas decisões.⁴⁴⁶

É emblemática, neste particular, a frase do antigo *Chief Justice*, Fred Vinson, no sentido de que sua atividade consistia em “redigir com as mãos no bolso”, já que seus assessores escreviam exatamente o que ele pretendia, cabendo a ele apenas examinar criticamente as minutas e sugerir correções.⁴⁴⁷

Há certos *Justices*, porém, que ainda preferem dedicar-se pessoalmente à redação e delegar aos assessores a função de pesquisa e revisão texto.

No que toca especificamente à função dos assessores no processo deliberação, é oportuno delinear algumas considerações a respeito do processo de burocratização vivenciado pela Suprema Corte nas últimas décadas, notadamente porque tal fenômeno tem repercutido no desempenho deliberativo da Corte e gerado impacto em sua colegialidade.⁴⁴⁸

No imaginário popular, a Corte é comumente entendida como um grupo diminuto de juristas, cuja função é tomar decisões em reclusão depois de profunda deliberação.

Essa imagem, entretanto, parece não ser perfeitamente fidedigna com o atual panorama, notadamente porque negligencia o processo de burocratização ocorrido nas últimas décadas – que resultou na delegação de parcela da atividade decisória a outros personagens – e de uma crescente tendência individualista.

De fato, durante os primeiros anos de sua existência, a imagem de uma Corte deliberativa era mais acurada - no sentido de que havia uma maior interação colegiada. Tratava-se, porém, de uma época em que o volume de trabalho era bastante diminuto e, principalmente, em que os temas enfrentados não envolviam questões complexas como são as de natureza constitucional.

⁴⁴⁶ HALL; ELY; GROSSMAN, *The Oxford companion to the Supreme Court of the United States*, p. 708.

⁴⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁴⁸ V. a respeito: FISS, *The bureaucratization of the Judiciary*; ATIYAH; SUMMERS, *Form and substance in Anglo-American law*, p. 281–283.

Nesse contexto histórico, notava-se uma maior interação pessoal entre os membros do colegiado e a menor dependência do corpo burocrático.⁴⁴⁹ Gradativamente, porém, o crescimento do volume de processos - que triplicou desde a década de 50 - e a necessidade de maior efetividade nos julgamentos fez com que a Corte viesse a se burocratizar mais e mais, tanto no que diz respeito às tarefas administrativas quanto às jurisdicionais.⁴⁵⁰

Atualmente, cada *Associate Justice* pode contar com o apoio de quatro assessores (*law clerks*), sendo que o presidente pode dispor de cinco, que são contratados individualmente pelo magistrado, ocupando a posição por um ano.⁴⁵¹

Dentro da prática decisória da Corte, os assessores têm por função analisar as petições de *certiorari*, preparar os respectivos memorandos, fazer pesquisas, elaborar os esboços das minutas das *opinions*. Ademais, nas discussões internas de cada gabinete, os *clerks* são incentivados a fazer o papel

⁴⁴⁹ É a posição de Summers e Atiyah: “The law clerks may well influence the nature of the judicial function in another respect. In any court where the judges have three or more clerks each the office of each judge becomes almost like a mini law firm. Debate and discussion takes place in each ‘firm’, but relations between the judges (and their ‘firms’) may change. The clerks may even negotiate with each other, and they answer each other’s footnotes with rival drafts. Collective deliberation between the judge is lessened, and again the process becomes more bureaucratic.” (ATYIAH; SUMMERS, **Form and substance in Anglo-American law**, p. 282).

⁴⁵⁰ HALL; ELY; GROSSMAN, **The Oxford companion to the Supreme Court of the United States**, p. 127.

⁴⁵¹ Aspecto a ser destacado é que os assessores são criteriosamente escolhidos dentre os melhores graduados em Direito e oriundos das faculdades mais conceituadas do país (tal como Harvard, Yale, Columbia e Stanford). Geralmente, estes assessores já exerceram a função em Cortes inferiores, bem como a de membros do corpo editorial de periódicos jurídicos das faculdades (*law reviews*). Deste modo, e tendo em conta o altamente competitivo ambiente jurídico, é pouquíssimo provável que um graduado de desempenho mediano e proveniente de uma faculdade de menor prestígio consiga uma posição na Suprema Corte dos Estados Unidos. Exercer a função de assessor tem um significado de inigualável prestígio no contexto norte-americano, já que é um atestado de extraordinária competência profissional e acadêmica. Devido a isso, ocupar tal posição abre portas para muitas outras oportunidades profissionais de destaque, seja em renomados escritórios de advocacia, no próprio Poder Judiciário, em altas posições da burocracia governamental ou, ainda, na atividade docente. Basta perceber que notáveis juristas como Cass Sunstein, Richard Posner, Owen Fiss, Mark Tushnet, Robert Post e Evan H. Caminker foram todos assessores na Suprema Corte dos Estados Unidos. Dos atuais *Justices*, Elena Kagan e Stephen Breyer foram também assessores na Suprema Corte dos Estados Unidos.

de “advogado do diabo”, apresentando contra-argumentos e apontado fragilidades na posição do *Justice* que assessora.⁴⁵²

O crescimento do papel dos *law clerks*, por outro lado, tem sido objeto de severas críticas, especialmente no sentido de que eles têm se tornado demasiadamente influentes no âmbito do processo de tomada de decisões. Do mesmo modo, especula-se que isso tem contribuído para o aumento do individualismo dentro da Corte, na medida em que grande parte da discussão sobre o caso dá-se no âmbito interno de cada gabinete e não tanto durante o debate presencial do colegiado.

Como parcela da deliberação sucede internamente ao gabinete, a esperada colegialidade é bastante mitigada. Neste particular, vem a calhar a alusão à frase do *Justice* Lewis Powell Jr., no sentido de que a Corte converteu-se, de um corpo deliberativo de nove juristas, em algo equivalente a nove escritórios de advocacia, independentes e autônomos, embora em constante interação.⁴⁵³

Para alguns críticos, este cenário tem sido um fator prejudicial à legitimidade da Corte e à colegialidade.⁴⁵⁴

Hodiernamente, em face da burocratização da Suprema Corte, aliada à referida crescente tendência individualista, o processo de redação da *opinion* resulta de um trabalho colaborativo entre o magistrado e sua assessoria. Com a designação do redator da decisão, a assessoria passa a providenciar as pesquisas para subsidiar a elaboração da decisão e, na grande maioria dos casos, a elaborar o esboço da decisão.

Em “*Sorcerer’s Apprentices: 100 years of law clerks at the United Supreme Court*”, Artemus Ward e David Weiden estabelecem uma tipologia da

⁴⁵² WARD, Artemus; WEIDEN, David L. *Weiden Sorcerers’ Apprentices: 100 Years of Law Clerks at the United States Supreme Court*. New York: New York University Press, 2006, p. 41-52.

⁴⁵³ POWELL JR, Lewis F., What the Justices are saying, **American Bar Association Journal**, v. 62, p. 1454–1461, 1976, p. 1454.

⁴⁵⁴ FISS, Owen M., The bureaucratization of the Judiciary, **Yale Law Journal**, v. 92, p. 1442–1468, 1983.

procedimento de atribuição da redação da *opinion* pelos assessores a partir de três categorias:⁴⁵⁵

- a) delegação: o juiz delega a redação da *opinion* ao assessor e posteriormente faz a revisão;
- b) retenção: o juiz escreve a *opinion* e o assessor responsabiliza-se pelas citações, notas de referência e pela edição do texto;
- c) colaboração: juiz e assessor trabalham em conjunto na elaboração da decisão.

Essa tipologia é confirmada por entrevistas concedidas pelos atuais *Justices*, que dão conta da dinâmica interna do gabinete na fase redacional, na qual há uma interação discursiva direta entre o *Justice* e o assessor responsável pelo estudo e pesquisa em cada caso. Como cada *Justice* tem apenas quatro assessores lhe auxiliando, ainda é possível um controle de qualidade efetivo dentro de cada gabinete.⁴⁵⁶⁻⁴⁵⁷

⁴⁵⁵ WARD, Artemus; WEIDEN, David L. *Weiden Sorcerers' Apprentices: 100 Years of Law Clerks at the United States Supreme Court*. New York: New York University Press, 2006, p. 213.

⁴⁵⁶ Veja-se a explicação de Scalia: "They have first pick, second pick, third pick. I figure they're likely to do the best work on the cases they're most interested in, so they divvy up the cases. And then I usually discuss the case very briefly with the law clerk who has chosen it before oral argument. And then after oral argument I sit down with that clerk and with the other three who know something about the case, although not as much as the clerk who really is responsible for it, and we kick it around for as long as it takes. You know, it could be an hour, it could be two hours. And then if I happen to be assigned the opinion or the dissent, that clerk will normally do a first draft of it. I'll tell them, you know, what's supposed to be in it, but he'll write it out and then I'll put it up on my screen and take it apart and put it back together. So, I kid you not and I tell them at the reunions, I am indebted to my law clerks for a lot of the quality of the work that comes out of my chambers. I couldn't do as well without the assistance of really brilliant young people." (LAMB; SWAIN; FARKAS, **The Supreme Court: A C-Span book featuring the Justices in their own words**, p. 57).

⁴⁵⁷ Stephen Breyer, por sua vez, prefere escrever a partir dos memorandos elaborados pelos law clerks: "So in a particular case, if it's my job to write the opinion, well, I'll first get the law clerk to produce a long memo, maybe forty pages or a draft, or whatever they would like to call it. But I'll then take that memo and I'll take the briefs, which you saw, and I will read them. So we're now over here. So this is where this goes on. So what I do is I read them, and then – looks like I'm reading the newspaper this morning, but then having done that, see these are the systems. I go over here. See we have two. This is the computer going to the outside world, and if I want the secure system – which I'd use for that – I just push that button and it's totally separate. And I sit here and I write a draft. So a lot of my day is spent writing a draft. Now I'll write a draft of the opinion. I give it back to my law clerks. They look at it and they think, medium. And then they will write a draft based on my draft. I'll get their draft. I'll do it again. And this goes back and forth. I usually discover, its personal style. But I usually have to spend, write two or three drafts pretty much from scratch before I'm reasonably satisfied that we're going somewhere. And then we edit them

Com base nessas ideias, é perceptível que o processo de burocratização da Suprema Corte tem gerado expressivo reflexo nas práticas decisórias do Tribunal.⁴⁵⁸

Finalmente, quando os *Justices* sentem-se satisfeitos com a minuta, submetem ao exame dos demais membros do colegiado, na expectativa de manter a maioria formada na deliberação ou ainda de convencer eventuais membros indecisos.⁴⁵⁹ É o que expõe Lewis Powell:

Quando um *Justice* está satisfeito com o seu projeto, ele o circula entre os outros gabinetes. Comentários geralmente são feitos por intermédio do intercâmbio de memorandos, embora nós tenhamos a liberdade de encontrar os outros *Justices* e discutir diferenças. Há menos disso do que eu gostaria, principalmente por causa da nossa pesada carga de trabalho e das dificuldades logísticas de falar individualmente com os outros oito *Justices*. O processo que eu descrevi, na verdade, pode durar meses após os debates orais. A preparação de um voto, muitas vezes requer meticulosa investigação, elaboração e revisão, além dos esforços adicionais para resolver as diferenças entre os *Justices*, na medida do que é viável. É este processo informal e não estruturado - a tomada de decisão em si, a partir da primeira sessão até que a decisão seja anunciada em audiência pública - é que simplesmente não pode acontecer em público.⁴⁶⁰

O que se pode concluir, na esteira da observação de Powell, é que a fase de redação da decisão constitui uma continuidade das discussões da sessão de deliberação, na medida em que o esforço na construção da *opinion*, embora realizado de forma individual, tem por parâmetro a deliberação havida anteriormente e, por conseguinte, a contribuição manifestada pelos demais membros do colegiado.

Conforme se verá adiante, a discussão ainda poderá se estender pela fase seguinte, de circulação de votos, na qual entendimentos concorrentes

back and forth. And when – after they’re edited back and forth, I circulate it and I hope four other judges join. If four other judges join, I have the Court. I’d like nine to join. I’d like nine to join.” (*Ibid.*, p. 135).

⁴⁵⁸ Para uma análise mais completa do problema, v.: WARD, Artemus; WEIDEN, David L. **Weiden Sorcerers’ Apprentices: 100 Years of Law Clerks at the United States Supreme Court**. New York: New York University Press, 2006.

⁴⁵⁹ POWELL JR., What really goes on at the Supreme Court, p. 128.

⁴⁶⁰ *Ibid.*

podem surgir, bem como votos dissidentes podem ameaçar o alinhamento formado na deliberação inicial.

Com efeito, os *Justices* podem, primeiramente, decidir por escrever em separado nas situações em que concordam com o resultado, mas não com os fundamentos do voto majoritário; em segundo lugar, ainda que não seja a regra, podem modificar sua posição inicial se divergirem substancialmente da minuta confeccionada pelo *Justice* redator.

É, portanto, após a circulação do voto majoritário, que votos divergentes e concorrentes podem passar a circular, num complexo processo de deliberação e de busca da acomodação de posições conflitantes.

3.3.6 A dinâmica deliberativa: circulação de votos e fluidity

Como dito anteriormente, as posições lançadas na sessão sigilosa não são irretratáveis; como envolvem uma manifestação muitas vezes abreviada do entendimento de cada um dos *Justices* a respeito do resultado que reputam mais adequado para solução do caso, somado à correspondente fundamentação, pode ocorrer que tal posição seja alterada na fase que se sucede.⁴⁶¹

A princípio, pode parecer incongruente que, após finda a deliberação, as posições apresentadas para resolução do caso sejam alteradas. Todavia, o fato é que, em determinados casos, a deliberação não se encerra na sessão privativa do colegiado, mas estende-se de modo informal e não estruturado na fase de redação da decisão, conforme se infere da seguinte análise:

Se certo *Justice* convence a maioria do Tribunal a aderir a sua *opinion*, ela torna-se a *opinion* majoritária e tem plena força precedental. Se menos da maioria adere a *opinion*, ela se torna-se um *judgment*,⁴⁶² que pode ter força precedental reduzida em relação às Cortes inferiores. Durante este tempo até que a decisão seja publicamente anunciada, os *justices* podem, e ocasionalmente acontece, mudar de posição, comportamento conhecido como

⁴⁶¹ Por isso o termo “initial vote” ou “tentative vote”, v. GASTIL, **Political communication and deliberation**, p. 144.

⁴⁶² *Judgment* é o termo usado para a decisão que resolve caso concreto, mas não produz um precedente, por não formar uma maioria em torno de um único voto.

fluidez. No seu devido tempo, no entanto, cada *justice* deve tomar uma decisão final a respeito de qual lado irão aderir quanto ao mérito, se vão aderir à *opinion* majoritária ou se vão redigir ou aderir a algumas das *opinions* concorrentes ou dissidentes.⁴⁶³

Diz-se informal e não estruturado (“*unstructured and informal process*”) na medida em que não se trata de um procedimento regulado por uma norma específica, mas decorrente de uma prática costumeira.⁴⁶⁴

Assim, com a designação do *Justice* que irá redigir a *opinion*, inicia-se uma fase distinta de deliberação, baseada na minuta de decisão, no intercâmbio de memorandos e nas deliberações a respeito do teor do texto. Por isso, John Gastil refere-se a esta etapa - que pode consumir alguns meses - como sendo uma fase de deliberação por escrito (“*deliberation-by-text*”):

Durante os vários meses seguintes, os juízes se envolvem numa deliberação por escrito, na medida em que começam a escrever o voto majoritário, as concorrências (que concordam com a maioria mas que expõem pontos adicionais) e as dissidências (votos minoritários). Antes de a decisão majoritária ser publicada, os juízes podem “aderir” aos votos dos outros, reduzindo o número total de diferentes votos escritos no julgamento. O voto majoritário torna-se precedente, mas qualquer dos votos concorrentes e dissidentes influenciam também a interpretação do direito, visto que fornecem fundamentos legais para diferentes direções para as quais a Corte poderia caminhar no futuro.⁴⁶⁵

De fato, a prática deliberativa nesta fase pode ser marcada por pedidos de inclusões e alterações do texto da minuta da decisão. É comum que, após a circulação da *opinion*, o redator receba pedidos, geralmente por escrito, de outros membros do colegiado para que leve em consideração algum ponto específico, abandone determinados argumentos ou reduza o âmbito de abrangência de certo fundamento, modificando, assim, o texto, mediante adição, correção ou exclusão de algumas frases.⁴⁶⁶

⁴⁶³ SPAETH, Harold J.; SEGAL, Jeffrey A.; BENESH, Sara C., **The Supreme Court in the American legal system**, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 305.

⁴⁶⁴ POWELL JR., What really goes on at the Supreme Court, p. 128.

⁴⁶⁵ GASTIL, **Political communication and deliberation**, p. 144.

⁴⁶⁶ Dando conta deste processo interativo de escrita, assim descreve Ruth Ginsburg: “To what extent do colleagues in fact seek alterations in one another's opinions? Some judges hardly

Na visão de alguns juízes da Suprema Corte, este procedimento é fruto de um esforço a fim de harmonizar as posições individuais de sorte a alcançar uma decisão consensual da Corte.⁴⁶⁷

Muitas vezes, porém, a sugestão ou solicitação de adequação da minuta é subentendida como uma condição para se acompanhar o voto. Sutilmente há a mensagem de que se a minuta não for adequada, o redator arrisca-se a perder o apoio, já que os outros membros do grupo majoritário, em caso de negativa de verem suas sugestões incorporadas no voto, podem optar por redigir um voto concorrente, aderir à opinião dissidente porventura existente ou ainda redigir em separado um voto divergente.⁴⁶⁸

Portanto, se o *Justice* redator mantém a maioria da Corte com sua sugestão de decisão, esta se confirma como a *majority opinion* e forma um precedente. Por outro lado, durante este período de circulação das minutas da decisão, os *Justices* têm a prerrogativa – que ocasionalmente exercem – de alterar sua posição inicial.⁴⁶⁹

Conforme explicam estudiosos da Suprema Corte, este fenômeno é denominado de *fluidity of judicial choice*,⁴⁷⁰ cuja justificativa é sintetizada em três ordens de razões:⁴⁷¹

ever do, and are themselves comment-resistant. Others cling to habits perhaps formed on law review and offer suggestions generously. They may even genuinely welcome advice in return. Indeed, some judges are more prone to receive than to offer suggestions. Comments are generally dispatched by memorandum, but occasionally judges sit down together, or connect by telephone, to work out mutually acceptable positions and adjust the shape of a page, paragraph, or phrase. Separate statements, even dissents, may be warded off in this way” (GINSBURG, Ruth Bader, The obligation to reason why, **University of Florida Law Review**, v. 37, 1985, p. 217)

⁴⁶⁷ POWELL JR., What really goes on at the Supreme Court, p. 130.

⁴⁶⁸ MALTZMAN, Forrest; WAHLBECK, Paul J. Strategic policy consideration and voting fluidity on the Burger Court. **The American Political Science Review**, v. 90, n. 3, 1996, p. 581.

⁴⁶⁹ “The opinion assignment typically occurs later in the week in which oral argument occurred, after the justices have voted whether to affirm, modify, or reverse the lower court’s decision. Between that date and the day on which the decision is publicly announced - a few weeks to several months later - any justice is free to change his or her vote. Hence, the members in the publicly announced decision coalition may differ from those who were in the majority at the conference in which the opinion was assigned”. (SPAETH; SEGAL; BENESH, **The Supreme Court in the American legal system**, p. 335).

⁴⁷⁰ *Ibid.*, p. 305.

a) razões de ordem política: a mudança é mais provável quando o voto encontra-se mais alinhado com as preferências político-ideológicas de determinado membro do colegiado;

b) razões quanto à compreensão do caso (*uncertainty*): é plausível que o *Justice* não tenha compreendido adequada e suficientemente as questões do caso quando da sessão de deliberação. Quando um caso é particularmente complexo - e, portanto, envolve variadas questões legais -, a possibilidade de que todos os membros do colegiado compreendam todos os aspectos do caso é reduzida;⁴⁷²

c) razões de ordem institucionais: aponta-se que juízes que inicialmente votaram com a minoria estão mais propensos a mudar para a coalizão majoritária do que o oposto; do mesmo modo, esta propensão aumenta quando a coalizão dissidente é pequena ou se reduz após a sessão. Desse modo, a mudança da coalização minoritária para a majoritária é mais provável em face da “*loyalty to the Court as an institution*”, assim como nas situações em que há apenas um ou poucos juízes no grupo dissidente.⁴⁷³

Assim, em razão da *fluidity*, pode suceder que a coalizão majoritária formada na sessão colegiada seja alterada ou desfeita, na medida em que a circulação do voto do juiz redator não seja adequadamente convincente para manter a maioria ou ainda pelo fato de que um voto dissidente fortemente persuasivo pode atrair juízes que integravam a maioria.

O que merece destaque, neste particular, é que a deliberação por escrito, característica desta fase, permite que os votos concorrentes e dissidentes comuniquem-se com o voto majoritário, que formará a decisão da

⁴⁷¹ MALTZMAN; WAHLBECK, Strategic policy consideration and voting fluidity on the Burger Court, p. 583-586.

⁴⁷² “Howard (1968) suggests uncertainty as a factor that could account for such voting fluidity: “Shifting perspectives appear to have been a function of additional thought and homework, by a clerk or a justice, into issues that were only partially perceived at first because of inadequate argument, briefs, or time”. This is supported by statements of justices indicating how they reached results contrary to their original positions - “mature reflection” or “research and labor” convinced them to change votes (Harlan 1970, Marshall 1969).” (MALTZMAN; WAHLBECK, p. 584).

⁴⁷³ MALTZMAN; WAHLBECK, op. cit., p. 585

Corte, permitindo um intercâmbio de ideias e um aprimoramento do processo decisório.

Em outras palavras, como, após a circulação do voto majoritário, podem despontar minutas de votos apontando suas imprecisões e inadequações - seja quanto ao fundamento ou ao resultado -, há, nas palavras da *Justice* Ruth Ginsburg, um incentivo para que o trabalho do juiz redator seja bem feito e, ademais, o efeito benéfico de provocar “esclarecimentos, refinamentos, modificações na decisão da Corte”.⁴⁷⁴

Ao final desse processo de intercâmbio de memorandos, de deliberação por escrito e de negociação para acomodar as posições individuais, cada *Justice* deve decidir se acompanhará a proposta do juiz redator do voto pela coalização majoritária, se acompanhará eventual voto dissidente, se escreverá ele próprio um voto dissidente ou, ainda, um voto concorrente.

Portanto, as seguintes hipóteses de resultados são possíveis.

Em primeiro lugar, ainda que seja raro atualmente, pode vir a acontecer que a *opinion* atraia a adesão de todo o colegiado, sendo, portanto unânime.

Em segundo lugar, e muito mais comum na prática, pode suceder que a minuta do redator designado, após circulada, consiga manter a maioria formada na sessão deliberação. Nesta hipótese, esta será a *opinion* da Corte, tendo plena força de precedente. Sem prejuízo disso, os demais *Justices*, individualmente ou em bloco, deverão apresentar voto dissidente,⁴⁷⁵ que se comunica com o majoritário, na medida em que critica-o tecnicamente e demonstra uma solução diversa.⁴⁷⁶

⁴⁷⁴ “The prospect of a dissent or separate concurring statement pointing out an opinion’s inaccuracies and inadequacies strengthens the test; it heightens the opinion writer’s incentive to ‘get it right’. (...) What do separate opinions contribute to the improvement or progress of the law? Most immediately, when drafted and circulated among the judges, they may provoke clarifications, refinements, modifications in the court’s opinion.” (GINSBURG, Remarks on writing separately, p. 139–143).

⁴⁷⁵ Nada impede que haja vários votos dissidentes.

⁴⁷⁶ V. a respeito: SCALIA, Antonin, The dissenting opinion, **Journal of Supreme Court History**, v. 19, n. 1, p. 33–44, 1994.

Em terceiro lugar, pode acontecer que algum juiz concorde com o resultado proposto no voto majoritário, mas tenha algo a acrescentar no tocante à fundamentação ou simplesmente discorde da fundamentação apresentada pelo juiz redator da *opinion*.

Neste caso, cada juiz pode redigir um voto separado, denominado voto concorrente (*concurring opinion*), seja para acrescentar algo à fundamentação (*regular* ou *simple concurring*) ou para apresentar um fundamento distinto do adotado pela maioria para suportar o resultado (*concurring in judgement* ou *special concurrence*). Estes últimos, por não serem majoritários e fundarem-se em num *holding* distinto do majoritário, ficam destituídos de força vinculante de precedente.

Em quarto lugar, se não há adesão da maioria do colegiado em relação a nenhuma das possíveis soluções do caso, haverá o julgamento do caso concreto, mas a força precedental decisão é bastante diminuta e, algumas vezes, até mesmo inexistente, pela dificuldade ou impossibilidade de se identificar a *ratio decidendi* num quadro de multiplicidade de decisões adotando fundamentos distintos.

Diz-se que, nesse caso, há *plurality opinion*, uma vez que nenhuma dos votos apresentados conseguiu obter a adesão da maioria do colegiado (5 votos).⁴⁷⁷ Para solucionar o caso concreto, somam-se os resultados dos votos (dar provimento ou não ao recurso). Todavia, como não houve a formação de uma maioria em torno de uma das linhas decisórias, isso significa que, em certos casos, o julgamento não será apto a conceber uma *ratio decidendi*.⁴⁷⁸

Por fim, é importante ressaltar que nenhum detalhe sobre a decisão da Corte é revelado até que a *opinion* seja formalmente publicada e isso se justifica justamente por conta do fenômeno da fluidez da escolha judicial, pela qual posições podem ser alteradas na fase de elaboração e circulação das

⁴⁷⁷ NOVAK, Linda, The precedential value of Supreme Court plurality decisions, **Columbia Law Review**, v. 80, n. 4, p. 756, 1980.

⁴⁷⁸ HOCHSCHILD, Adam S., Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision: Interpretation in Historical Perspective, The, **Washington University Journal of Law & Policy**, v. 4, p. 261, 2000.

propostas. Apenas quando todas as revisões e aprovações do texto são feitas, é que uma versão final é impressa. Esta versão contém uma pequena nota inicial (*syllabus*), sintetizando os principais pontos tratados e incluindo uma lista com os votos de cada *Justice*. Essa decisão final, que é denominada *bench opinion*, é distribuída a advogados e jornalistas tão logo o julgamento seja formalmente proclamado em sessão pública.

4. DELIBERAÇÃO E PROCESSO DECISÓRIO NO STF

“...às vezes, a sessão tem aquele aspecto um pouco atrapalhado de certos casamentos que são celebrados com o cerimonial costumeiro, embora se saiba que o irreparável já ocorreu antecipadamente. Talvez olhando bem sob os cândidos véus da esposa, se entreveja pelo seu porte que aquele vestido virginal é um anacronismo; mas, enfim, por respeito aos bons costumes, assim mesmo ela leva as flores de laranjeira .”⁴⁷⁹

4.1 Introdução

No capítulo anterior, procurou-se compreender como se opera o julgamento colegiado em algumas Cortes estrangeiras, isto é, como se desdobra o processo decisório e o espaço ocupado pela deliberação neste contexto.

O interesse de análise, portanto, foi a organização e o procedimento interno de determinadas Cortes escolhidas como modelos para compreensão da dinâmica deliberativa.

Agora o objeto da pesquisa volta-se ao estudo do julgamento colegiado do Supremo Tribunal Federal, dando-se ênfase ao seu desempenho deliberativo e às decorrências disso no contexto de um sistema que almeja promover uma cultura de respeito aos precedentes.

O mote da reflexão levada a efeito a seguir consiste em demonstrar que o processo decisório do STF merece ser repensado e remodelado, de sorte a viabilizar decisões institucionais, ou seja, que expressem o entendimento da Corte, e não mais as *rationes decidendi* individuais de cada Ministro, construídas em reclusão e à margem do debate colegiado.

Apenas, assim, o STF conseguirá responder adequadamente às expectativas que hodiernamente recaem sobre si, a principiar por aquela

⁴⁷⁹ CALAMANDREI, Piero, **Eles, os juízes, vistos por um advogado**, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 96.

imposta pela própria ordem constitucional, que atribui à Corte a missão institucional de outorgar unidade à Constituição.

Para tanto, o presente estudo centrará seus esforços precipuamente no processo decisório característico do controle concentrado de constitucionalidade, embora também se faça menção ao controle difuso.

Outra advertência preliminar se faz indispensável: adotando como critério a metodologia de análise do desempenho deliberativo judicial proposta por Conrado Hübner Mendes, que se desenvolve a partir de três fases deliberativas - pré-decisional (contestação pública), decisional (interação colegiada) e pós-decisional (decisão escrita deliberativa) -, o presente estudo foca-se predominantemente em aspectos da fase decisional, isto é, no exame da dinâmica interna do colegiado destinada à tomada de decisão, assim como na fase de redacional da decisão colegiada.⁴⁸⁰

Finalmente, é oportuno ressaltar que, conquanto tenha-se optado por examinar o processo decisório do STF, tal opção foi feita pela necessidade de se estabelecer um recorte no objeto de estudo. Ademais, como em geral os procedimentos judiciais perante os colegiados dos Tribunais brasileiros guardam relativa semelhança, resultaria repetitivo analisar cada uma das possíveis variantes procedimentais.

Assim, embora se tenha dado maior ênfase ao procedimento que se desenvolve perante o STF, ver-se-á que muitas das reflexões aqui apresentadas podem servir, de uma forma geral, para a compreensão do procedimento decisório e da dinâmica de deliberação de outros órgãos judiciais colegiados.

4.2 Óbices procedimentais à deliberação no STF

Busca-se neste item preliminar descrever como certas regras procedimentais afetam negativamente o desempenho deliberativo do STF, gerando um processo decisório inadequado para a formação de decisões que

⁴⁸⁰ MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*, Oxford: Oxford University Press, 2013.

expressem genuinamente a posição e os argumentos da Corte enquanto instituição.

4.2.1 A divisão do trabalho no colegiado

De acordo com o Regimento Interno do STF, após realizada a distribuição, por sorteio ou prevenção, os autos serão conclusos ao relator.⁴⁸¹

Nota-se, desde logo, duas diferenças cruciais em relação ao papel do relator visto em outros sistemas antes analisados e aquele desempenhado no STF. Primeiramente, tem-se aqui uma distribuição aleatória dos casos; que não leva, portanto, em conta a *expertise* de determinado magistrado em relação à matéria em disputa ou baseada na discricionariedade do presidente da Corte após o resultado da deliberação a respeito de como decidir o caso.

A princípio, considerando tratar-se de uma Corte que julga um número absurdamente alto de processos anualmente e que não conta um sistema de seleção discricionária de casos a serem julgados, tal como sucede na Suprema Corte dos Estados Unidos, esta parece ser a melhor solução ou, ao menos, aquela factível.⁴⁸²

No atual contexto, seria de questionável praticidade, se a cada caso – dos milhares casos que chegam ao STF anualmente – o Presidente fosse chamado a decidir a respeito de qual dos Ministros deva atuar como relator ou a avaliar a proximidade do tema em disputa em dado caso com a *expertise* de cada julgador. Assim, à primeira vista, um sistema de distribuição aleatória e equitativa parece ser o mais operativo e eficiente.

No entanto, questão diversa, e que demanda maior reflexão, é saber se o Ministro inicialmente designado como relator merece ser necessariamente o

⁴⁸¹ Art. 66, Regimento Interno do STF.

⁴⁸² Mesmo com o requisito da repercussão geral no tocante aos recursos extraordinários, ainda assim um número muito grande de casos, sejam recursos ou ações originárias, chega ao STF. Em 2014, por exemplo, 14.547 casos foram autuados pelo STF, envolvendo feitos de todas as classes, tanto de competência originária quanto recursal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vertexto.asp?servico=estatistica>> Acesso em: 07 jan. 2015.

redator presumido da decisão colegiada, após a deliberação. Sabe-se que na prática, e pesquisas confirmam a hipótese, é isso o que acontece na imensa maioria dos casos. A proposta do relator virá a constituir o acórdão, a menos, obviamente, que venha a ser vencido.⁴⁸³

Portanto, diferentemente do que sucede no procedimento da Suprema Corte dos Estados Unidos, no modelo brasileiro, com a distribuição tem-se desde o princípio a definição daquele julgador que será responsável por, isoladamente, fazer a análise dos autos, elaborar o relatório e a proposta de decisão, para, na sessão de julgamento, lê-la para os demais.⁴⁸⁴

Há, conforme se verá adiante, um marcante protagonismo do relator, especialmente num arranjo deliberativo em qual a dinâmica decisional se desenvolve, no mais das vezes, a partir da concordância ou discordância com o voto do relator, somado sempre à possibilidade de agregação dos votos individuais (sejam estes concorrentes ou dissidentes).⁴⁸⁵

É aí que se pode formular uma crítica ao padrão de interação fomentado pelo procedimento pelo Regimento Interno do STF, bem como pelo Código de Processo Civil (particularmente, devido ao seu art. 931), por se tratar de um modelo que desestimula a colegialidade.⁴⁸⁶

Excluindo-se as variadas hipóteses em que se atribui ao relator competência monocrática, cujo exame não interessa à presente pesquisa, idealmente o papel do relator deveria ser o de agente propulsor e condutor da

⁴⁸³ SUNDFELD, Carlos Ari; PINTO, Henrique Motta. Três desafios para melhorar a jurisdição constitucional brasileira. In: VOJVODIC, Adriana; MOTTA PINTO, Henrique; PAGANI, Rodrigo (Org.). **Jurisdição Constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 27-29.

⁴⁸⁴ Virgílio Afonso da Silva explica sobre a perda de possibilidades de fundamentação diversas num arranjo binário de votação (constitucional-inconstitucional). Vota-se com o relator ou não, mas sem saber as opiniões dos demais membros do colegiado, que poderiam ser soluções mais desejadas. (DA SILVA, Deciding without deliberating, p. 573–574); v. ainda WAHLBECK, Paul J., Strategy and constraints on Supreme Court opinion assignment, **University of Pennsylvania Law Review**, v. 154, p. 1729–1755, 2006.

⁴⁸⁵ V. a respeito o artigo de Luís Roberto Barroso “Prudências, ousadias e mudanças necessárias no STF”, disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-dez-28/retrospectiva-2010-prudencias-ousadias-mudancas-necessarias-stf>> Acesso em: 10 jun. 2014.

⁴⁸⁶ É possível que essa mesma crítica possa ser direcionada para o papel do relator em vários outros contextos de deliberação judicial colegiada e não apenas no STF.

deliberação colegiada, franqueando elementos para o debate e não meramente o de consignar a posição que formou solitariamente.⁴⁸⁷ Por conseguinte, seu conjunto de atribuições mereceria ser repensado e projetado especialmente para fomentar o julgamento colegiado.

Ao lado disso, incumbe a ele “ordenar e dirigir o processo”,⁴⁸⁸ tomando eventuais decisões (tal como a preliminar juízo de admissibilidade – art. 4º, da Lei 9.868/1999), além de estudar os autos do processo, elaborando a exposição acerca dos pontos controvertidos sobre os quais versarem a ação (ou o recurso), a fim de viabilizar a futura deliberação colegiada.

Ainda no que atine à função do relator, as leis respeitantes ao controle concentrado de constitucionalidade, por exemplo, preveem a possibilidade de abertura de uma fase de instrução, sempre que houver a “necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.”⁴⁸⁹

Reconhece-se, assim, que, embora no controle concentrado de constitucionalidade diga respeito a um processo de caráter objetivo e abstrato (isto é, deslocado de uma lide concreta), não raro é necessário que o relator e, correlatamente, os demais Ministros tenham contato com o maior número de informações e elementos que admitam uma melhor formação de sua convicção, viabilizando, por conseguinte, o alcance de uma decisão correta na fase da deliberação colegiada.

É aí que se abre espaço para o emprego de dispositivos pré-decisionais, cuja tarefa - no panorama deliberativo - é incentivar a contestação pública (tal

⁴⁸⁷ Tome-se como exemplo a posição do relator no modelo francês de deliberação colegiada, que muitas vezes fornece ao colegiado mais de uma rota decisória para determinado problema: LASSER, **Judicial deliberations: A comparative analysis of transparency and legitimacy**, p. 50–51.

⁴⁸⁸ Art. 21, I, Regimento Interno do STF.

⁴⁸⁹ Art. 9.º, § 1.º, Lei 9.868/21999.

como as audiências públicas e a possibilidade de participação do *amicus curiae* e de especialistas quando a questão depender de elementos técnicos).⁴⁹⁰

Melhor explicando: a Corte, ciente de seu papel como fomentador da deliberação judicial, deve permitir que os potenciais interlocutores externos tragam elementos que possam aprimorar o julgamento colegiado e isso, dentro da tarefa de condução do procedimento, fica a cargo do relator.⁴⁹¹ Nesta ordem de ideias, Conrado Hübner Mendes explica que a corte deve

... coletar, tanto quanto possível, argumentos dos interlocutores; desafiar publicamente esses argumentos, de modo que interlocutores tenham oportunidade de refiná-los ou depurá-los; e, acima de tudo, mostrar abertura aos atores que podem ter algo a acrescentar ao estoque de argumentos de cada caso.⁴⁹²

Por isso mesmo, no papel de condutor do procedimento - do seu limiar até o momento decisional da deliberação colegiada - urge que o relator tenha ciência de sua função como catalisador da deliberação com os interlocutores externos, de seu comprometimento com os ideias deliberativos e com as tarefas a serem cumpridas por uma Corte que aspira ser deliberativa.⁴⁹³

Ainda no que diz respeito à reunião de informações dos envolvidos e à observância ao princípio do contraditório participativo, o art. 6º da Lei 9.868/1999, bem como o art. 170 do Regimento Interno do STF,⁴⁹⁴ após concretizado o juízo positivo de admissibilidade, o relator solicitará a oitiva dos órgãos, bem como das autoridades responsáveis pela lei ou o ato normativo impugnado, no prazo de trinta dias.

Ultrapassado isso, e em conformidade com o art. 9.º, da Lei 9.868/1999, decorrido o prazo de quinze dias para que o Advogado-Geral da

⁴⁹⁰ Veja-se, por exemplo, o emprego de argumentos oriundos das ciências sociais no caso *Brown v. Board Education*.

⁴⁹¹ MENDES, Constitutional courts and deliberative democracy, op. cit., p. 164 et seq.

⁴⁹² MENDES, O projeto de uma corte deliberativa, op. cit., p. 62.

⁴⁹³ V. Cap. 2.

⁴⁹⁴ Neste sentido: “Informações complementares. Faculdade de requisição atribuída ao relator com o objetivo de permitir-lhe uma avaliação segura sobre os fundamentos da controvérsia.” (ADI 2.982-ED, Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 02.08.2006)

União e o Procurador-Geral da República manifestem-se e, contanto que finalizada a eventual fase de instrução, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros e pedirá dia para julgamento, no qual será realizada a deliberação colegiada.⁴⁹⁵

Desse procedimento, já se nota a profunda ausência de momentos para interações deliberativas - ao menos, formais - entre os membros do colegiado antes da sessão de julgamento. De fato, o trabalho do relator é marcadamente isolado nesta fase e eventual interação com outros membros do colegiado, se não inexistente - como relatam alguns Ministros -,⁴⁹⁶ sucede de modo informal.

Esse desenho traz consequências relevantes para todo o procedimento deliberativo da Corte, já que o relator redigirá uma proposta de decisão que não representa a vontade institucional, mas a sua particular visão sobre determinado problema. Essa crítica será explorada mais adiante, a partir da noção de que o julgamento colegiado merece ser repensado de forma que propicie a prevalência do entendimento institucional sobre o individual, o que suscitará reflexões sobre a teoria normativa subjacente ao julgamento colegiado.⁴⁹⁷

4.2.2 O déficit de cognição do colegiado

Um dos potenciais benefícios da deliberação colegiada advém de sua promessa epistemológica, isto é, da expectativa de que a deliberação estimule o surgimento de variadas ordens de solução e, assim, propicie melhores decisões;⁴⁹⁸ paralelamente, a deliberação carrega o potencial de despersonalizar as decisões - que passaria a ser do grupo ou da instituição e não de um

⁴⁹⁵ Art. 9.º, Lei 9.868/21999; Art. 7.º, Lei 9.882/1999.

⁴⁹⁶ Questionado se os Ministros não se comunicam para formular a decisão da Corte fora das sessões, o Ministro Peluso assim respondeu: “Difícil. Dificilmente conversam entre si sobre...Dificilmente expõem o ponto de vista deles antes da sessão. Eles são muitos ciosos das posições pessoais, e eu não quero fazer análise das razões pelas quais cada um tem essa postura.” (FONTAINHA, Fernando de Castro; DA SILVA, Angela Moreira Domingues; ALMEIDA, Fábio Ferraz de, **História Oral do Supremo [1988-2013]: Cezar Peluso**, Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2015, p. 106).

⁴⁹⁷ V. Cap. 5.

⁴⁹⁸ MENDES, **Constitutional courts and deliberative democracy**, p. 23–25.

indivíduo - e restringir a possibilidade do arbítrio por parte daquele que toma a decisão.

Ocorre que a opção normativa, fomentada pelo Regimento Interno do STF, pelo protagonismo do relator na condução do procedimento, no exame dos autos e na elaboração do voto condutor, pode mitigar a cognição dos demais membros do colegiado.⁴⁹⁹

Ora, como é o relator que tem a função de levar a cabo o exame dos autos, é natural que os demais membros do colegiado fiquem à mercê da atividade do relator, uma vez que tomam suas decisões, na grande maioria das vezes, baseada no relatório e voto confeccionados pelo relator.⁵⁰⁰

Eventualmente, se algum aspecto determinante do caso vier a ser relatado de forma a não proporcionar a adequada compreensão do problema ou ainda vier a ser omitido completamente pelo relator, é evidente que isso repercutirá na qualidade da decisão. Aspectos cruciais podem ser deixados de lado ou não abordados de forma adequada. Por isso mesmo, como bem enfatiza Barbosa Moreira, é essencial a função do relatório na dinâmica do julgamento colegiado:

A clareza e a precisão da exposição do relator são condições essenciais para que o órgão possa julgar bem. Avultam aqui a delicadeza da importância da função cometida ao relator. Uma exposição incompleta ou pouco fiel pode levar o colegiado a perpetrar graves injustiças. É necessário que ela contenha todos os dados relevantes dispostos em ordem que lhes facilite a apreensão e a memorização, sem contudo perder-se em minúcias fáticas que desviem a atenção do essencial.⁵⁰¹

⁴⁹⁹ Evidentemente que, em muitos casos, a objetividade das questões trazidas à apreciação do STF no controle de constitucionalidade dispensa a análise de questões fáticas de grande complexidade ou envolve um raciocínio acerca da constitucionalidade de determinado dispositivo.

⁵⁰⁰ Exceto nos casos em que haja o pedido de vista.

⁵⁰¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, **Comentários ao Código de Processo Civil - v. V**, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 483.

Não bastando isso, uma feição marcante no processo decisório do STF é a tendência de adesão ao voto condutor pelos demais Ministros. Fatores como a imensa carga de trabalho do STF e a prática de julgamento segundo a lógica *seriatim* contribuem para uma postura de mera adesão ao voto condutor à luz do resultado proposto por este e não por conta de seus fundamentos.

Essa propensão de adesão agrava o problema do personalismo,⁵⁰² na medida em que mascara os motivos reais para a formação do resultado e os pontos de convergência e divergência entre os julgadores, em detrimento da construção colegiada e deliberativa da decisão.

É comum, ainda nesse contexto, que nenhum dos Ministros que acompanharam o voto do relator concorde efetivamente com sua fundamentação, mas acolham seu resultado por outras razões, que não raro deixam de ser registradas.

Nesta hipótese, constituir-se-á um acórdão cujos fundamentos retratam o entendimento particular de um único julgador e não o da instituição. Isso, conforme se tratará mais adiante, trará repercussões no plano dos precedentes, já que sua formação, muitas vezes a partir de uma decisão unânime, é feita sem o devido confronto deliberativo e epistêmico que anima e outorga sentido a uma Corte colegiada.

4.2.3 A lógica do julgamento *seriatim* antideliberativo

De um modo geral, no sistema processual brasileiro, os membros do colegiado não têm a incumbência de examinar e se familiarizar diretamente com os elementos constantes dos autos, tendo em vista o procedimento decisório que atribui tal encargo exclusivamente ao relator logo no início do procedimento e, a rigor, que não requer a interação com seus pares no colegiado antes da sessão de julgamento.⁵⁰³

⁵⁰² V. Cap. 5.

⁵⁰³ Até o advento do novo Código de Processo Civil, que exclui a figura, a exceção encontrava-se nos casos em que a lei exigia a intervenção do revisor (apelação, embargos infringentes e ação rescisória, na forma do art. 551, do CPC/1973). Contudo, diferente do

Com efeito, o relator é incumbido da condução do caso desde o princípio e apresenta-o aos seus pares (tanto no que diz respeito à descrição dos fatos e das questões jurídicas debatidas, quanto à solução proposta) do modo que lhe parece correto. Logo, o relator tem a prerrogativa de conceber a forma de selecionar, expor e abordar as questões a serem decididas pelo colegiado. Em muitos casos, o recorte e a abordagem feita pelo relator é determinante para o resultado do julgamento.⁵⁰⁴

Ademais, geralmente, com a distribuição do caso para determinado relator, há a tendência de que os demais membros do colegiado não tenham interesse ou tempo hábil para aprofundar-se sobre um processo do qual não estão legalmente incumbidos, especialmente pelo fato de que a Corte encontra-se sobrecarregada por um volume excessivo de processos.

Tal como sucede no STF, o colegiado aguardará o relatório que será distribuído pelo relator antes da sessão de julgamento. Portanto, diferentemente das Cortes europeias antes examinadas e da Suprema Corte dos Estados Unidos, o procedimento decisório não requer, tampouco abre oportunidades formais para interações do colegiado anteriores à sessão de julgamento.

Não há a previsão de sessões preparatórias de deliberação, tampouco a exigência de que o relator discuta o caso com seus pares previamente à redação do projeto de decisão. Quer seja no controle abstrato ou no controle difuso de

que acontece em outros modelos, no sistema processual brasileiro, a função do revisor era meramente a de conferir o relatório transmitido pelo relator e não a de discutir, antes da sessão de julgamento, a melhor solução a ser dada ao caso. No âmbito do STF, o Regimento Interno diz que compete ao revisor “sugerir ao relator medidas ordinatórias do processo que tenham sido omitidas” e “confirmar, completar ou retificar o relatório” (art. 25, I e II). Por sua vez, o STJ já decidiu que a falta de revisor, nos casos em que a lei exige sua participação, não importa em nulidade do julgamento quando a questão for meramente de direito. Reconhecer a nulidade nestas hipóteses, na visão do STJ, configuraria “burocracia inaceitável, que não resiste a um estudo lógico da finalidade do processo” (STJ, 2ª T., REsp 496.197, rel. Min. Eliana Calmon, j. 22.03.05). Isso sinaliza que caberia ao revisor examinar os autos e inteirar-se das circunstâncias fáticas para o fim de revisar o relatório, mas não interagir diretamente com o relator para auxiliar a tomada de decisão. Para uma crítica do papel do revisor no âmbito recursal, v. LIMA, Alcides de Mendonça Lima. **Sistema de normas gerais dos recursos cíveis**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1963, p. 332-334.

⁵⁰⁴ A respeito dos riscos da “one-man opinion”, v.: MOLINARI, John B., The decisionmaking conference of the California Court of Appeal, *California Law Review*, v. 57, n. 3, p. 606–614, 1969, p. 610.

constitucionalidade, não há previsão de vias procedimentais para deliberações preparatórias entre os julgadores.⁵⁰⁵

Logo, conquanto seja plausível que os Ministros tenham ciência dos processos em pauta e redijam propostas de votos em processos que não relatem, na prática isso não é corriqueiro.⁵⁰⁶ A compreensão aprofundada das particularidades de cada causa é pouco comum para além do relator, o que é mais do que justificável frente ao volume de demandas que asoberba a agenda do STF.

Essa afirmação, porém, encontra ressalvas naqueles casos de maior proeminência político-constitucional, assim como naqueles que abranjam temas polêmicos e de interesse da opinião pública. A existência de uma audiência atenta a determinadas causas muitas vezes constitui um incentivo para um exame individual e mais aprofundando do caso, assim como para a elaboração de votos individuais.

Do ponto de vista procedimental, além de preparar o relatório, o relator é quem, após o debate oral, proferirá o primeiro voto, seguido dos outros Ministros na ordem inversa de antiguidade.

A bem da verdade, antes mesmo de iniciada a sessão de julgamento, o relator já tem seu voto redigido, baseado no exame que fez das peças presentes nos autos, sem que tenha tido, porém, a chance de deliberar antecipadamente com seus pares.⁵⁰⁷

⁵⁰⁵ Ainda que se pudesse cogitar uma deliberação entre relator e revisor, o fato é que não há a exigência da figura do juiz revisor no controle de constitucionalidade. O art. 551 do CPC/1973 já tacitamente dispensava sua intervenção no recurso extraordinário; ao passo que, no controle abstrato de constitucionalidade, o art. 9.º, da Lei 9.868/1999, assim como o art. 87, I, do Regimento Interno do STF, dispõe que o relator distribuirá cópia de seu relatório aos Ministros julgadores, permitindo a interpretação de que o colegiado informar-se-á das peculiaridades da causa mediante a leitura deste relatório e sem que haja a intervenção de um revisor. Tal tendência é encampada no novo Código de Processo Civil, que exclui de forma geral a necessidade de intervenção do revisor.

⁵⁰⁶ Com as facilidades proporcionadas pelo processo eletrônico, nada impediria que cada Ministro tivesse acesso aos autos virtuais. No entanto, prevalece no STF a prática de se analisar o caso apenas com base no relatório disponibilizado pelo relator.

⁵⁰⁷ DA SILVA, Deciding without deliberating.

É aí que se nota um significativo déficit procedimental quando se tem em vista a deliberação judicial: tanto o projeto de acórdão quanto os demais votos individuais chegam prontos e são lidos sequencialmente em sessão, sem que tenham sido submetidos à prévia deliberação colegiada.

Em profícuo estudo do problema, Virgílio Afonso da Silva aponta justamente para a disfunção de um procedimento que possibilita “decidir sem deliberar”, furtando a Corte dos benefícios que poderiam ser proporcionados pela deliberação judicial.⁵⁰⁸

Um dos obstáculos procedimentais à deliberação reside no papel do relator na dinâmica decisória do STF.

Conforme visto no capítulo anterior, em muitas Cortes a minuta preparada pelo relator é usada como ponto de partida para a deliberação da Corte, isto é, como um projeto a ser discutido e subsequentemente transformado em decisão do colegiado. Tal função, porém, não é cumprida no STF, eis que, antes da sessão de julgamento, o colegiado apenas recebe uma cópia do relatório, isto é, da breve narrativa do que consta dos autos e da controvérsia que é submetida ao exame da Corte.

A minuta da decisão preparada pelo relator, contudo, não é circulada previamente - ao menos não do ponto de vista formal e dentro de parâmetros de oficialidade -, obstando que o colegiado possa tomar conhecimento da proposta, a fim de debatê-la em sessão ou mesmo preparar antecipadamente uma outra solução (concorrente ou dissidente) que desafie argumentativa e dialogicamente aquela elaborada pelo relator.

Na perspectiva de Virgílio Afonso da Silva, tal aspecto procedimental revela-se frontalmente contrário ao ideal deliberativo, já que os demais Ministros não têm condições de planejar-se para a discussão sem saber qual será a proposta do relator.⁵⁰⁹

Disso decorrem importantes consequências na prática deliberativa do STF. Ora, uma vez que os julgadores não estão adequadamente a par do que

⁵⁰⁸ *Ibid.*

⁵⁰⁹ *Ibid.*, p. 570.

irão deliberar, a congregação do colegiado representa muito mais uma sessão de leitura sequencial de votos do que propriamente uma sessão de deliberação.

Tais votos serão agregados no texto do acórdão, havendo, ao final, o mero cômputo pela somatória dos resultados individuais, isto é, dos dispositivos dos diversos votos (o Tribunal, por unanimidade ou maioria, julga procedente ou não o pedido, dá ou nega provimento ao recurso, etc.).

O procedimento, por conseguinte, não poderia estar mais em desacordo com a deliberação, uma vez que não há efetivo intercâmbio ou enfrentamento de pontos de vista, mas a mera agregação dos votos.⁵¹⁰ Com efeito, no plano individual e de preparação para o julgamento, o que os Ministros fazem é concordar ou rejeitar os argumentos apresentados pelas partes - eis que tais dados se encontram nos autos e no relatório e, em tese, podem ser acessados por todos -, mas não dialogar com as posições dos demais membros do colegiado, que desconhecem no momento em que individualmente redigem a sua proposta de voto.⁵¹¹

De fato, diante de tal moldura procedimental, muito da promessa epistêmica e comunitária da deliberação é comprometida, uma vez que não há um consenso - ou desacordo - estabelecido racionalmente por meio de argumentos.⁵¹²

Alguém poderia objetar tal raciocínio argumentando que a deliberação não é afetada pela falta de conhecimento prévio das posições dos demais julgadores, na medida em que, ao tomar ciência da posição do relator na própria sessão de julgamento, cada um dos julgadores pode imediata e

⁵¹⁰ Logo, “the individual justices do not share their opinions in a dialogue with one another, nor is there any direct confrontation of arguments. At most, justices may support or reject the arguments of those bringing the case before the court or the arguments of public officials responsible for defending the constitutionality of the statute (as these arguments were already public); but they can hardly support or reject, at least directly, the arguments of the justice rapporteur or the arguments of the other justices, since they do not know and cannot access these arguments at the time they write their opinions.” (*Ibid.*).

⁵¹¹ O que se opõe à dinâmica de comunicação e teste que sucede entre a court opinion (voto da maioria), votos concorrentes e dissidentes no procedimento da Suprema Corte dos Estados Unidos. V. a respeito: GINSBURG, Remarks on writing separately, p. 138–142.

⁵¹² A respeito das promessas da deliberação, v. Cap. 2.5.

verbalmente contrapor argumentos e propor uma solução diferente para o caso, tanto em relação ao resultado quanto em relação aos fundamentos lançados pelo relator.

Em grande medida, essa parece ser a opinião do Ministro Marco Aurélio, que, em recente entrevista, declarou sua preferência por votar de improviso nos casos em que não figura como relator e, ademais, ser avesso ao repasse de voto antes da sessão:

No colegiado, eu acredito na espontaneidade, você tem de ouvir e ter base em termos de conhecimentos e experiência suficientes para se pronunciar de improviso, no gogó, a não ser que você seja relator. Aí tem de levar seu script, o voto ou relatório. (...) A prática anterior, que era simplesmente quando se concordava com o relator, acompanhava-se o relator, sem tecer considerações. Houve uma vez até que, não sei foi o ministro Eliomar Baleeiro, que pediu a um ministro que se estendia muito. Depois vossa excelência junta o processo, que peço ao Bilac para juntar à editora Forense. Essa conciliação, reconheço, é difícil, complicada. Meu voto geralmente tem duas ou três folhas. Quando não sou relator, voto de improviso. Quero estar muito espontâneo. Meu receio seja de ser convencido pelo voto do relator. Por isso, não aceito voto. Voto na hora e formulo meu convencimento.⁵¹³

Algumas ponderações merecem ser feitas a respeito de tal posicionamento e de suas potenciais consequências.

A rigor, num modelo ideal de deliberação (não necessariamente judicial), há que se outorgar aos participantes o conhecimento das informações necessárias à tomada de decisão, dos pontos de vista existentes e das potenciais soluções (que ainda podem ser formuladas e aprimoradas no curso da deliberação).

No âmbito da deliberação judicial, comumente o tema em disputa é dotado de complexidade, dada a natureza técnica do direito, o enredamento fático de certos litígios ou ainda as implicações que determinadas decisões podem produzir. Por isso mesmo, em muitos casos, parece temeroso aceitar que

⁵¹³ COSTA, Sylvio; SARDINHA, Edson, **Marco Aurélio critica “troca de votos” no STF**, Congresso em Foco, Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/marco-aurelio-critica-“troca-de-votos”-de-ministros-no-stf>> Acesso em: 12 out. 2014.

os julgadores se congreguem para julgamento sem previamente estudar e debater o problema em disputa, ainda que inegavelmente sejam detentores de amplo conhecimento. Não é à toa que nas Cortes estrangeiras antes examinadas o julgamento apenas é encerrado depois de extensa e profunda deliberação, que muitas vezes se inicia presencialmente e se aprimora em torno do texto que outorga justificativa aos fundamentos sufragados pelo colegiado.

Por isso mesmo, ao decidir de improviso, ou seja, sem tempo oportuno para maiores reflexões a respeito das posições apresentadas por seus pares, sem a efetiva discussão com o colegiado e sem a disposição para ser convencido, ao menos três possibilidades se apresentam para cada julgador individualmente: (i) simplesmente acompanhar o relator - o que pode conduzir a um julgamento unânime caso todos assim ajam -, (ii) apresentar um voto concorrente (isto é, chegar ao mesmo resultado por diferentes razões) ou ainda (iii) divergir.

Supondo que o julgador resolva “de improviso” acompanhar o relator (i), pelos menos duas razões podem explicar tal opção: em primeiro, a decisão do relator, mesmo sendo elaborada isoladamente na reclusão de seu gabinete, foi reputada mais do que adequada, suficientemente abrangente e, portanto, de desnecessário refinamento; como segunda hipótese, quer seja pela falta de tempo decorrente da sobrecarga de atribuições, pela falta de compreensão da matéria tratada em toda sua extensão ou pelo desconhecimento de outras possíveis respostas que eventualmente surgiriam de uma deliberação mais ampla, o julgador decidiu irrefletidamente acompanhar o relator.

Se estivermos diante da primeira possibilidade, em que a solidez jurídica e a completude argumentativa do voto do relator dispensam quaisquer aprimoramentos pelo colegiado, pode-se concluir que a decisão foi pautada no consenso espontâneo e, portanto, harmônica com o ideal deliberativo.⁵¹⁴

Já na segunda hipótese, a conclusão é oposta.

⁵¹⁴ Segundo Conrado Hübner Mendes, uma decisão colegiada deliberativa pode ser fruto do consenso espontâneo, mas também do consenso que nasce de um compromisso fundado na parceria ou em razões pragmáticas. Todas as hipóteses pressupõe a prévia deliberação colegiada (MENDES, op. cit., p. 26-28)

A propósito do tema, Diego Arguelhes e Leandro Ribeiro apontam para a problemática que se dá quando “a unanimidade não esclarece.” O ensaio traz uma relevante indagação: como decifrar os julgamentos unânimes no Supremo?

Se o STF alcança unanimidades em temas notoriamente polêmicos, que em outros países provocariam fervorosos embates entre posições inconciliáveis, “das duas, uma”, como bem assinalam os referidos autores:

Ou os ministros têm concepções extremamente parecidas do que significam esses espinhosos ideais constitucionais, ou a decisão do tribunal não reconheceu – e, portanto, não enfrentou – a multiplicidade de respostas possíveis. Só saberemos a resposta em casos futuros, quando o tribunal voltar a enfrentar esses temas.⁵¹⁵

Na perspectiva dos autores, uma Corte Constitucional “que reconhece, discute e dialoga com as diferentes posições em jogo para então anunciar uma decisão unânime cumpre um papel benéfico. Define e esclarece qual a interpretação que valerá no direito constitucional daquela comunidade. Para que esse benefício se faça sentir, porém, é preciso que a unanimidade seja construída no enfrentamento dos argumentos divergentes.”⁵¹⁶

Com efeito, a postura de acompanhar o relator sem o precedente encontro deliberativo pode muitas vezes significar a adoção de uma posição irrefletida e, conseqüentemente, conduzir a uma “unanimidade que não esclarece”, o que vale dizer: circunstancial, inacabada e negligente em relação à pluralidade de argumentos que deixaram de ser levados em conta.

Logo, da prática do STF dois problemas podem decorrer.

De um lado, perde-se grande parte das promessas deliberativas que poderiam outorgar maior legitimidade a uma Corte Suprema; de outro,

⁵¹⁵ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano, **Quando a unanimidade não esclarece**, Valor Econômico, disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/2724050/quando-unanimidade-nao-esclarece>>, acesso em: 18 fev. 2015.

⁵¹⁶ ARGUELHES, Diego; RIBEIRO, Leandro, **Quando a unanimidade não esclarece**, Valor Econômico. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/2724050/quando-unanimidade-nao-esclarece>> Acesso em: 18 fev. 2015.

formam-se precedentes vinculantes - decorrentes de uma tomada de decisão *aparentemente* unânime -, mas que na realidade não foi alcançada a partir de uma reflexão criteriosa do colegiado a respeito dos fundamentos que irão constituir a *ratio decidendi*.⁵¹⁷

Nessa última hipótese, o colegiado não cumpre a função institucional que se espera de uma Corte de Precedentes e atua de forma antideliberativa.

Por sua vez, se a opção do magistrado for apresentar um voto concorrente (ii) ou divergente (iii) de modo improvisado (isto é, mediante declaração de voto que será transcrito na ata de julgamento), há o reconhecimento de que seus pares no colegiado não podem contribuir para a sua reflexão sobre o caso.

Em outras palavras, parece haver a suposição de que deliberar em grupo antes de decidir não merece ser o procedimento necessário para a tomada de decisões em um colegiado ou, ainda, que tal procedimento não tem a potencialidade de produzir decisões mais adequadas.

Com efeito, falha-se em observar o que Philip Pettit denomina de *judgmental constraint*. De acordo com tal requisito, que perpassa o ideal deliberativo, exige-se que, antes de votar numa determinada posição, dado grupo deve deliberar ou argumentar a respeito da melhor forma de tomar uma decisão, “não apenas votar de maneira irrefletida, espontânea ou por mero reflexo”.⁵¹⁸ Esta deliberação precedente à tomada de decisão deve ser fundada

⁵¹⁷ É bem verdade que nem todos os casos são tão complexos a ponto de exigir extensa deliberação. Contudo, mesmo nos casos fáceis um mínimo de conhecimento é indispensável para que o colegiado possa aquilatar se a questão merece ser submetida a uma deliberação mais rigorosa ou não. Questões que não provoquem divergência, por exemplo, dispensam ampla deliberação. É justamente por isso que certas normas processuais outorgam a possibilidade de que algumas questões sejam julgadas monocraticamente ou em órgão fracionados.

⁵¹⁸ FISHKIN, James S.; LASLETT, Peter; PETTIT, Philip (Orgs.), *Deliberative democracy, the discursive dilemma, and republican theory*, in: **Debating deliberative democracy**, Malden: Blackwell Publishing, 2006, p. 139–140.

na busca do que é melhor para cada caso e jamais em preferências pessoais ou em mera acomodação de predileções.⁵¹⁹

Caso contrário, estar-se-ia dando margem a uma postura marcadamente personalista do Tribunal e frustrando-se a razão de ser da colegialidade - entendida como atributo ético que favorece a um projeto colaborativo entre os julgadores por meio do estímulo à deliberação e, para além disso, que anseia para que as idiossincrasias de cada julgador cedam espaço a uma decisão supraindividual.⁵²⁰

Este mesmo raciocínio aplica-se à hipótese em que os votos dos demais integrantes do colegiado não tenham sido elaborados improvisadamente na sessão de julgamento, mas antecipadamente redigidos por cada julgador sem qualquer debate prévio e lidos na sessão - sendo, ao final, incorporados ao texto do acórdão.

Ora, como os votos dos julgadores são levados prontos para a sessão e como não há procedimento formal de deliberação antes da sessão colegiada, isso significa que não há discussão, seja em relação ao voto do relator, seja em relação aos demais votos. Há a mera leitura serial de votos segundo a ordem estabelecida regimentalmente, seguida do somatório do dispositivo do voto de cada Ministro.

Algumas possibilidades apresentam-se neste outro contexto em que os votos são efetivamente redigidos por mais de um Ministro.

Pode suceder que o julgador tenha elaborado o voto em separado e, após ouvir a leitura do voto do relator, conclua que ambos caminharam em idêntico sentido, ou seja, ainda que com palavras ou extensões diversas, os fundamentos empregados são os mesmos. Quando isso acontece, o julgador que redige o voto separadamente trabalhou desnecessariamente.

Se tivessem deliberado antes de decidir ou se ao menos soubessem de antemão qual seria a posição do relator, os demais que com ele concordassem

⁵¹⁹ “The idea is that each voter should make up his or her own mind as to what is for the good of the group in question and should vote on the basis of that judgment, not on the basis of brute preference or bargained compromise.” (*Ibid.*, p. 139–140).

⁵²⁰ MENDES, *Constitutional courts and deliberative democracy*, p. 128.

não precisariam investir tempo para elaborar seus votos. Poderiam, no máximo, dirigir sugestões pontuais ao relator com o intuito de aprimorar sua proposta de decisão, tal como sucede no procedimento da Suprema Corte dos Estados Unidos.

A deliberação prévia (vale dizer, aquela que se desenvolve em momento anterior à tomada de decisão e, portanto, antes da redação definitiva do voto) abre a oportunidade para que os eventuais votos concorrentes ou divergentes sejam elaborados de sorte a contrapor ou complementar a tese do voto majoritário (seja ele elaborado pelo relator ou não).⁵²¹ Isso potencializa o intercâmbio de ideias e o debate construtivo dentro do tribunal.

Apenas dessa forma, os votos divergentes e concorrentes atingiriam o seu propósito institucional, que, conforme explica o falecido *Justice* da Suprema Corte dos Estados Unidos, Antonin Scalia, é justamente possibilitar o aperfeiçoamento do voto majoritário e o trabalho dos magistrados, já que os compele a “pensar sistematicamente e consistentemente sobre o direito”, porque “suas perspectivas jurídicas não ficam submersas dentro de uma decisão artificialmente unânime, mas são claramente divulgadas para o mundo.”⁵²²

Portanto, no contexto atual, quando os julgadores escrevem seus votos em separado sem o prévio conhecimento do voto do relator e de seus demais colegas, o STF corre o risco de incidir num irracional desperdício de tempo e de recursos (quando múltiplos votos são elaborados num mesmo sentido) ou de perder muito do potencial epistêmico que o debate entre posições antagônicas ou complementares produziria.

Essa situação pode ser bem ilustrada por recente julgamento do Plenário do STF, no mandado de segurança n. 28.160. Após a exposição do

⁵²¹ Criticando a postura de redigir um voto individual para dizer a mesma coisa que o voto majoritário já tratou, assim expõe Scalia: “I do not refer to and I do not approve of, separate concurrences that are written only to say the same thing better than the court has done, or, worse still, to display the intensity of the concurring judge’s feeling on the issue before the court. I regard such separate opinions as an abuse, and their existence as one of the arguments against allowing any separate opinions at all.” (SCALIA, *The dissenting opinion*, p. 33).

⁵²² *Ibid.*, p. 41–42.

voto da relatora, Ministra Rosa Weber, o Ministro Luís Roberto Barroso concluiu que trouxera um voto por escrito em sentido bastante semelhante ao da relatora e que, portanto, não haveria sentido na sua leitura.

Após expor em linhas gerais o seu voto, ponderou o Ministro que, se soubesse de antemão da posição da relatora, com o qual concordara integralmente, poderia ter empregado seu escasso tempo com outros casos, ao invés de ter redigido aquele voto. Para evitar que isso aconteça, propôs-se a circular as conclusões de seus votos com antecedência, evitando o trabalho multiplicado daqueles que com ele aquiescessem:

E, por fim, há um conjunto de vícios processuais, todos eles já exaustivamente enfrentados e respondidos pelo voto da Ministra Rosa Weber, que ouvi com prazer, proveito e concordância. De modo que não há necessidade de eu percorrer todos esses elementos. Eu trouxe um voto escrito, mais ou menos da extensão do da Ministra Rosa Weber, mas não há sentido em lê-lo para chegar à mesma conclusão.

Faço, antes de concluir, duas observações: uma, e me disponho a fazer assim, se eu tivesse sabido as conclusões do voto da Ministra Rosa Weber, com as quais eu estou de acordo, teria me poupado algumas horas de trabalho, não que eu quisesse utilizá-las no meu lazer, mas poderia dedicá-las a outros muitos processos que estão na fila. De modo que eu mesmo me disponho, se não houver nenhuma objeção, na medida do possível, eu mesmo circular as conclusões dos meus votos e, na medida do possível, tentar evitar um retrabalho que, nas circunstâncias, eu acho que faria bem a todos.⁵²³

Disso se extrai que o colegiado tem ciência dos problemas decorrentes deste déficit procedimental e de certas práticas que moldam irracionalmente a dinâmica do Tribunal.

O procedimento e a prática atual, como parece claro, além de darem azo a um trabalho repetitivo dos componentes do Tribunal, obstam a deliberação, frustrando a finalidade de um julgamento colegiado, que é a de alcançar a melhor decisão após o embate argumentativo movido pela persuasão racional.

⁵²³ STF, Pleno, MS 28160, rel. Min. Rosa Weber, j. 01/08/2013.

Submeter uma disputa a uma Corte colegiada é entregar o desfecho da lide a uma deliberação prudente, que, em última análise, serve para aperfeiçoar o processo de tomada de decisões e conter eventual arbítrio de um julgamento monocrático ao abrir espaço para que diferentes pontos de vista sejam ventilados.⁵²⁴ Outrossim, a deliberação permite mitigar a racionalidade personalista que perfilha as instituições jurídicas de um modo geral.⁵²⁵

O problema poderia ser resolvido com medidas razoavelmente simples. Ora, do exame de direito comparado levado a efeito no capítulo anterior, pôde-se perceber que todas as Cortes preveem uma fase procedimental para a deliberação interna do colegiado.

Em alguns casos, a interação do colegiado dá-se nas sessões de deliberação, em que há o encontro dos julgadores frente a frente; em outras, a deliberação é feita, não apenas na sessão presencial, mas também com base num texto redigido e circulado pelo juiz redator de acordo com o que fora deliberado, que passa então a ser objeto de considerações por escrito dos demais componentes do colegiado.

Em qualquer dos modelos, porém, há sempre uma ocasião preliminar em que há a deliberação, seguida de um momento designado para a redação da decisão e, ao final, uma etapa em que o projeto de decisão é submetido à apreciação do colegiado. A diferença será, em síntese, se a discussão mais aprofundada a respeito do texto dar-se-á antes da sessão de deliberação (numa sessão preparatória, como geralmente acontece no modelo continental europeu) ou depois (modelo norte-americano); se frente a frente ou por escrito.⁵²⁶

Por isso, idealmente, conforme se tratará no Cap. 5, poder-se-ia cogitar a realização de uma sessão voltada exclusivamente para a deliberação, à semelhança dos exemplos vistos nos modelos estrangeiros, totalmente segregada da fase de elaboração da decisão colegiada e do momento em que o

⁵²⁴ HETTINGER, Virginia A.; LINDQUIST, Stefanie A.; MARTINEK, Wendy L., **Judging on a Collegial Court: Influences on Federal Appellate Decision Making**, Charlottesville: University of Virginia Press, 2007, p. 1–3.

⁵²⁵ Tal tema é mais aprofundado no Cap. 5.

⁵²⁶ Tais predicados das Cortes estrangeiras foram tratados no Cap. 3.

colegiado anuncia o resultado do julgamento. Alternativamente, considerando que o procedimento decisório do STF não prevê uma sessão exclusiva de deliberação, a sugestão de que haja a circulação prévia da sugestão de voto do relator para apreciação do colegiado parece ser uma solução aceitável, embora paliativa e não ideal, já que não basta conhecer antecipadamente a posição do relator, mas de todos os demais integrantes do colegiado. Por isso, a importância de um momento procedimental reservado à deliberação.

No Cap. 5, sustentar-se-á ser fundamental não apenas tomar conhecimento da opção decisória prestigiada pelo relator, mas também das demais posições que possam surgir do debate colegiado, a fim de se compreender, ao cabo da deliberação, qual a posição sufragada pela maioria do colegiado (o que, ao seu turno, servirá para diferenciar o voto majoritário, dos concorrentes e dissidentes).

4.2.4 A disfuncionalidade da sustentação oral e as práticas informais de deliberação

Tanto no procedimento da Suprema Corte dos Estados Unidos quanto no procedimento das Cortes Europeias anteriormente estudadas, há a previsão de uma fase específica dedicada aos debates orais, ainda que, como visto, sua proeminência seja mais marcante na experiência da *common law* em decorrência da tradição da oralidade.⁵²⁷

Em que pese tal diferença, em todas as Cortes estrangeiras antes examinadas, a audiência dedicada à sustentação oral é segregada procedimentalmente do encontro formal de deliberação do colegiado.⁵²⁸ Em

⁵²⁷ HARLAN II, The role of oral argument, p. 144–148.

⁵²⁸ Vale lembrar que, nas Cortes estrangeiras antes examinadas, a deliberação do colegiado é sempre levada a efeito de forma sigilosa, ou seja, sem a possibilidade de participação do público, embora a sessão de sustentação oral (*oral hearing*) seja pública (e em alguns casos televisionada, tal como sucede no procedimento da Suprema Corte do Canadá). O que varia é a possibilidade ou não de os desacordos serem divulgados mediante votos dissidentes ou concorrentes.

outras palavras, é após o debate oral - independente de sua representatividade em cada Corte - que o colegiado entra em reclusão para deliberar.

Há, com essa compartimentalização do processo de tomada decisão, a crença de que as partes, por meio de seus advogados, possam trazer informações ou esclarecer pontos de interesse do colegiado.

No processo decisório do STF, e em grande parte dos tribunais brasileiros, funde-se, numa mesma etapa processual (a sessão de julgamento), a sustentação oral, a deliberação colegiada e o julgamento, com a prolação oral dos fundamentos da decisão e a proclamação do resultado.

Isso faz com que a sustentação oral, na grande maioria das vezes, pouco possa contribuir com o processo de tomada de decisão, na medida em que não se concede tempo suficiente para uma maior meditação do colegiado a respeito dos pontos arguidos oralmente. Esse quadro se agrava pelo fato de que, encerrados os debates orais, os Ministros irão de imediato proferir seus votos individualmente, numa sequência estabelecida pelo Regimento Interno.

Ainda nessa ordem de reflexão, muita das críticas dirigidas à sustentação oral no sistema processual brasileiro deve-se ao fato de que, quando esta sucede, as propostas de voto dos julgadores já estão prontas ou, quanto menos, a proposta de acórdão elaborada pelo relator, que irá conduzir a deliberação.⁵²⁹

Deste modo, como é bastante remota a possibilidade de que a sustentação seja persuasiva a ponto de convencer o relator a rever seu posicionamento já redigido no formato de um projeto de acórdão -⁵³⁰ até mesmo pelo constrangimento que sucederia caso este viesse, após a oitiva dos debates orais, pedir vista dos autos que estavam sob sua relatoria -, a expectativa das partes, por meio da atuação dos advogados, é muito mais persuadir ou suscitar dúvidas em algum membro do colegiado que não tenha se

⁵²⁹ V. principalmente: DA SILVA, Deciding without deliberating; MARINONI, Luiz Guilherme, **Julgamento nas Cortes Supremas: Precedente e decisão do recurso diante do novo CPC**, São Paulo: RT, 2015.

⁵³⁰ V. nota 64 *infra*, a respeito da discussão no seguinte julgado: STF, Pleno, Ag na ADI 4.071/DF, rel. Min. Menezes Direito, j 22.04.2009.

informado do caso previamente, motivando-o a pedir vistas ou a proferir um voto divergente.

Por isso mesmo, a sustentação oral ganha especial relevo num cenário marcado pelo protagonismo do relator e em que há um déficit de cognição do restante colegiado - que, consoante apontado, comumente não tem a oportunidade de se familiarizar tempestiva e antecipadamente com o caso diante do altíssimo volume de demandas na Corte, tampouco encontra um espaço procedimental para deliberações intermediárias antes do julgamento.

Este raciocínio evidentemente não se aplica aqueles casos de maior proeminência, em que todos os Ministros estudam mais profundamente a demanda e elaboram voto individual - o que é um acontecimento mais raro diante da alta carga de processos que sobrecarrega o STF.

Nesta última hipótese, a exposição oral do que já foi apresentado por escrito - e, portanto, estudado pelos Ministros - pouco contribui para o processo de tomada de decisão.

Com efeito, a sustentação oral pode acabar revelando-se bastante desinteressante para o colegiado. Da mesma sorte, a sustentação oral torna-se pouco atrativa nas hipóteses em que ganha a forma de uma leitura pouco eloquente de um texto pronto ou ainda quando o advogado não consegue ser suficientemente claro.⁵³¹ A mera recapitulação oral do que já foi deduzido por escrito, não raramente, é encarada como algo tedioso para alguns julgadores.⁵³²

De mais valia para o processo de tomada de decisão seria se as partes pudessem concentrar-se nos pontos essenciais do caso ou em questões que realmente preocupassem o colegiado. Em outras palavras, seria muito mais

⁵³¹ Aplica-se aqui em grande medida a observação de Forrester no contexto da Corte Europeia de Justiça: "Counsel reads a prepared script rather too fast for linguistic comfort, counsel repeats the points already made in writing, counsel seems not to be addressing the points on the minds of the bench, time does not permit questioning the advocates at length after their remarks, and courtesy does not permit interrupting counsel in midflow. So the bench metaphorically sighs and listens politely. Counsel may be unaware of the missed opportunity. The judges have spent an hour unproductively." (FORRESTER, *The judicial function in European Law and pleading in the European Courts*, p. 715).

⁵³² V. a respeito: CALAMANDREI, Piero. A distração dos juízes como motivo de nulidade do julgamento. **Revista de Processo**, v. 56, 1989, p. 208;

profícuo se o colegiado empregasse os debates orais movido por aquilo que, de acordo com o Conrado Hübner Mendes, é o objetivo da fase da contestação pública: permitir ao colegiado colher e desafiar o máximo de argumentos possíveis, mediante interação com seus interlocutores.⁵³³

Em grande medida, tal etapa procedimental poderia ser aprimorada mediante uma mudança na técnica de condução da sustentação oral pela Corte, por meio da ênfase em questionamentos dirigidos aos procuradores das partes, de modo semelhante ao que sucede no direito anglo-americano. Não se trata aqui, deixe-se claro, de importar irrefletidamente a experiência estrangeira, já que o Regimento Interno do STF prevê expressamente tal possibilidade ao dispor que os advogados podem ocupar a tribuna para “formularem requerimento, produzirem sustentação oral, ou responderem às perguntas que lhes forem feitas pelos Ministros.”⁵³⁴

A intenção da norma regimental é evidentemente oportunizar aos Ministros a reunião de argumentos, bem como a adequada compreensão do caso mediante o questionamento dirigido aos principais interlocutores da Corte - as partes e eventuais *amici curiae* -, o que se revela fundamental para o êxito da subsequente deliberação colegiada.

Como bem assevera Conrado Hübner Mendes, na fase antecedente à deliberação do colegiado, requer-se “o envolvimento de todos os atores interessados em apresentar argumentos para a corte e, por outro lado, a dedicada atenção do corte em receber tais argumentos e testá-los publicamente. Interlocutores falam, enquanto juízes ouvem e questionam ativamente.”⁵³⁵

Por isso a importância de que esta oportunidade seja empregada pela Corte para “coletar, tanto quanto possível, argumentos dos interlocutores; desafiar publicamente esses argumentos, de modo que interlocutores tenha a

⁵³³ MENDES, O projeto de uma corte deliberativa, op. cit., p. 61-62.

⁵³⁴ Art. 124, parágrafo único, Regimento Interno do STF. Ainda tratando das perguntas dirigidas aos advogados, o art. 96, § 1.º, dispõe que: “Após a sessão de julgamento, a Secretaria das Sessões procederá à transcrição da discussão, dos votos orais, bem como das perguntas feitas aos advogados e suas respostas.”

⁵³⁵ MENDES, O projeto de uma corte deliberativa, op. cit., p. 61-62.

oportunidade de refiná-los ou depurá-los; e, acima tudo, mostrar abertura aos atores que podem ter algo a acrescentar ao estoque de argumentos de cada caso.”⁵³⁶

Desta forma, na linha das sugestões de Ian Forrester, a Corte deve, sempre que pertinente, adotar uma abordagem ativa na fase da sustentação oral, seja arguindo efetivamente seus interlocutores, seja sinalizando à sociedade os pontos que reputar relevantes. Afinal de contas, seus interlocutores certamente preferirão ser desafiados em relação aos pontos que inquietam a Corte, por mais intrincados que sejam, a deixá-los à margem do debate em nome de uma sustentação de caráter protocolar e que não desperte maior interesse do colegiado.⁵³⁷

Do mesmo modo, sugere Forrester que a Corte possa, adotando uma postura mais radical e proativa, informar previamente os advogados a respeito dos pontos que mereçam maior aprofundamento na sustentação oral. É o que sucede, por exemplo, na Suprema Corte australiana e na Corte de Apelações do Reino Unido, nas quais os juízes reúnem-se pouco antes da sessão de sustentação oral para discutir brevemente os principais pontos do caso e, logo após, orientar os advogados a respeito de questões que carecem de elucidação ou de um exame mais aprofundando.⁵³⁸

Do ponto de vista normativo, não há nada que impeça a adoção de posturas semelhantes no Brasil. Aliás, o novo Código de Processo Civil exalta justamente o modelo processual cooperativo (art. 6.º),⁵³⁹ que pressupõe a efetiva participação das partes na solução do caso, bem como os deveres judiciais de diálogo, esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio. É o que bem explica Daniel Mitidiero:

⁵³⁶ MENDES, O projeto de uma corte deliberativa, op. cit., p. 62.

⁵³⁷ FORRESTER, The judicial function in European Law and pleading in the European Courts, p. 716.

⁵³⁸ PATERSON, Alan, **Final judgment: the last law lords and the Supreme Court**, Oxford: Hart Publishing, 2013, p. 74.

⁵³⁹ Sobre o tema, v. MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: RT, 2009.

A propósito, por dever de esclarecimento temos de entender “o dever de o tribunal se esclarecer junto as partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo.” Por dever de prevenção, o dever de o órgão jurisdicional prevenir as partes do perigo de o êxito de seus pedidos “ser frustrado pelo uso inadequado do processo”. Por dever de consulta, o dever de o órgão judicial consultar as partes antes de decidir sobre a questão, possibilitando antes que essas o influenciem a respeito do rumo a ser imprimido à causa. Por dever de auxílio, “o dever de auxiliar as partes na superação de eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou cumprimento de ônus ou deveres processuais.”⁵⁴⁰

A rigor, tais deveres judiciais mereceriam ser plenamente consagrados na fase de sustentação oral, do contrário permanecerá válido o diagnóstico de que o “o ritual do julgamento nada mais é do que mero compromisso burocrático”.⁵⁴¹

Entretanto, no contexto nacional, alterações no modo de condução da sustentação oral, para produzir efeitos concretos, exigiriam duas ordens de mudanças: primeiramente, que os membros do colegiado tivessem antecipadamente conhecimento, ainda que mínimo, do caso, a fim de que possam servir-se dos debates orais para expandir a cognição do colegiado e desafiar os argumentos das partes;⁵⁴² em segundo lugar, seria fundamental uma alteração procedimental de maior magnitude, pela qual se isolasse um momento específico para a sustentação oral, que fosse anterior e apartado da deliberação colegiada - e, especialmente, da efetiva tomada de decisão -, de modo semelhante ao que é visto na experiência estrangeira.

A justificativa é singela. Todo advogado diligente tem ciência da pouca efetividade de sustentar oralmente numa causa já decidida, uma vez que o

⁵⁴⁰ MITIDIERO, *Colaboração no processo civil*, p. 76.

⁵⁴¹ BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti, **Os rituais judiciários e o princípio da oralidade**, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 281.

⁵⁴² Como a dinâmica deliberativa das Cortes europeias envolve interações intermediárias e, em alguns casos, sessões preparatórias do colegiado, é mais corriqueiro que nesta fases os integrantes da Corte tenham maior conhecimento da causa do que no STF. V. a propósito do tema: FORRESTER, *The judicial function in European Law and pleading in the European Courts*, p. 717-719.

relator já formou seu convencimento a partir da leitura dos autos e redigiu o projeto da decisão antes dos debates orais. Emblemático exemplo disso pode ser visualizado na discussão surgida no STF a respeito da viabilidade de ingresso de *amicus curiae* após o processo ter sido disponibilizado pelo relator para inclusão em pauta. Manifestando-se pela impossibilidade, o Ministro Lewandowski justificou que, como o relator já formou sua convicção nesta fase procedimental, a intervenção seria pouco proveitosa:

Sr. Presidente, a partir dos debates, firmo a convicção de que o *amicus curiae*, antes de ser amigo da Corte, é amigo do próprio relator. Este, quando encaminha o processo à Mesa ou ao Plenário, já firmou a convicção. Então, de pouco aproveitarão os memoriais e a sustentação oral ao relator. Ele terá de rever, se for o caso, o seu voto, ou retirar de pauta.⁵⁴³

O mesmo raciocínio serve para a sustentação oral das partes, que se dá quando o relator igualmente “já firmou a convicção”.

É preciso ponderar, todavia, que não se trata aqui de imputar a responsabilidade por tal ineficiência ao colegiado ou ao relator, mas, isso sim, a uma reiterada prática decisória sobre a qual pouco se reflete e que induz a um círculo vicioso.

Ora, no ritual vigente, como o advogado irá expor oralmente o que consta dos autos, o relator, que já estudou o material processual, não precisa aguardar a sustentação para elaborar a decisão.

Por outro lado, no atual contexto, a menos que mudanças na dinâmica sejam formal e previamente comunicadas, nenhum advogado confiará na sustentação oral como sendo uma ocasião destinada a responder aos questionamentos do colegiado, pois sabe que, primeiramente, dificilmente será questionado pelo colegiado e que, em segundo lugar, necessita aproveitar este exíguo momento para dar conhecimento do caso aos magistrados que não analisaram os autos e convencê-los da sua tese. A sustentação prestará para informar os ainda desinformados e persuadir os ainda suscetíveis de serem persuadidos. E, mesmo assim, o advogado tem ciência da dificuldade de sua

⁵⁴³ STF, Pleno, Ag na ADI 4.071/DF, rel. Min. Menezes Direito, j. 22.04.2009.

missão. Primeiro, porque o restrito tempo de sustentação pode ser insuficiente para expor seus argumentos de forma adequada. Em segundo, porque é difícil romper a natural propensão de que o colegiado acompanhe o voto do relator.⁵⁴⁴

Este círculo vicioso inibe a potencialidade do debate oral como um verdadeiro encontro deliberativo, ou seja, como um peculiar momento de interação entre do colegiado e seus interlocutores para a experimentação dos argumentos lançados.

Por isso mesmo, enquanto não há uma fase procedimental adequada de interação com os Ministros no processo deliberativo, as partes, por intermédio dos seus advogados, encontram meios alternativos de apresentar seus argumentos oportunamente, isto é, antes que os julgadores formem uma convicção definitiva.⁵⁴⁵

Uma decorrência da disfuncionalidade da sustentação oral é o surgimento de audiências para entrega de memorial, nas quais os advogados buscam informalmente debater o caso privativamente com cada um dos juízes.

Em realidade, trata-se de aqui de uma prática despida de oficialidade que visa suprir certas funções que caberiam à sustentação oral, notadamente a de permitir que os interlocutores procurem compreender se o julgador padece de dúvidas ou encontra inconsistências na argumentação que possam ser supridas antes que este forme seu convencimento e redija a proposta de voto.

⁵⁴⁴ V. a respeito: SUNDFELD, Carlos Ari; PINTO, Henrique Motta. Três desafios para melhorar a jurisdição constitucional brasileira. In: VOJVODIC, Adriana; MOTTA PINTO, Henrique; PAGANI, Rodrigo (Org.). **Jurisdição Constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 27-29.

⁵⁴⁵ BAPTISTA, **Os rituais judiciais e o princípio da oralidade**, p. 281. Assim explica Bárbara Lupetti Baptista: “Isto é, o ritual do julgamento nada mais é do que mero compromisso burocrático, tendo em vista que o convencimento do relator se forma livre, isolada e previamente. Tal prática sugere que, com efeito, tudo aquilo que é sustentado oralmente na sessão, seja pelos advogados, seja pelos demais julgadores com poder de decisão, têm muito pouca ou nenhuma influência no julgamento, pois, tanto o relator quanto o revisor – quando há revisão – já têm os seus votos definidos previamente, sendo difícil que modifiquem a posição tomada no aconchego dos seus gabinetes por uma outra, a ser adotada em uma sessão de julgamento que se realiza da forma como descrevi, com pressa e sem maiores cautelas”.

Portanto, em grande medida, as audiências privativas buscam fazer as vezes de uma eficiente sustentação oral, na qual julgadores e interlocutores teriam a oportunidade de deliberar de forma a aprimorar a cognição judicial.

Aliás, vale registrar que tal manifestação de uma oralidade informalizada e destituída de oficialidade, que no Brasil, e em geral na América Latina, é encarada como algo natural e fruto da laboriosa atuação do advogado diligente, é reputada inadmissível na experiência norte-americana e europeia quando se desenrola sem a participação da parte adversa.

Além de implicar em nulidade processual por ofensa ao devido processo legal e ao contraditório, tal prática, uma vez admitida pelo juiz, resulta em comprometimento de sua imparcialidade.⁵⁴⁶

É o que o Código de Conduta Judicial estadunidense denomina de proibição de *ex parte communications*:

... a judge should not initiate, permit, or consider ex parte communications or consider other communications concerning a pending or impending matter that are made outside the presence of the parties or their lawyers. If a judge receives an unauthorized ex parte communication bearing on the substance of a matter, the judge should promptly notify the parties of the subject matter of the communication and allow the parties an opportunity to respond, if requested.⁵⁴⁷

Com isso, como bem relata Carlos Horbach, a prática das audiências privadas sinaliza “a disfunção da sustentação oral, que merece passar por reformas, as quais somente poderão advir de um amplo debate, entre juízes e advogados, acerca da natureza da jurisdição constitucional e do modo como

⁵⁴⁶ “‘Ex parte communication’ is completely illegal in the United States and in European court systems. This practice evidently allows the judge to be offered bribes, kickbacks, influence peddling or undue rewards for ruling in a certain way on a particular case. Whenever such corruption is permitted in the court system, and is allowed to influence the outcome of judicial decisions at any level, the very notion of impartiality of the court disappears, giving way to complete judicial farce - because it would be partial, in fact.” (CALLEROS, Juan Carlos, **The unfinished transition to democracy in Latin America**, New York: Routledge, 2009, p. 164).

⁵⁴⁷ V. Canon 3 (A) (4), Code of Conduct for United States Judges.

podem esses atores contribuir para o incremento de sua densidade deliberativa.”⁵⁴⁸

Além disso, as audiências privadas, por serem, em grande medida, feitas à revelia de uma das partes, dos demais interlocutores da Corte (tal como o *amicus curiae*) e do próprio colegiado, rompem significativamente com os princípios da igualdade de tratamento, do contraditório efetivo e da ampla defesa, bem como com as noções preconizadas por um modelo efetivo de deliberação judicial - que pressupõe o igual direito de participação discursiva nas fases do procedimento em que se possa contribuir com os deliberadores. Com isso, fomenta-se uma prática oral antidemocrática, que repercute “na construção de uma verdade processual diferenciada, excludente e dependente de fatores externos ao processo e à Lei”:

O objetivo fundamental da entrega dos memoriais é, portanto, distinguir um processo específico de outros, uma vez que, no momento em que o advogado deixa os memoriais com os julgadores e tem com eles um contato pessoal antes da sessão, ele se destaca individualmente dos demais, inclusive, no momento de eventual sustentação oral na tribuna. (...) A diferença de tratamento concedida aos advogados é o maior problema da prática de entrega dos memoriais. Os julgadores não têm condição de receber todos os advogados em seus gabinetes, com isso, os advogados mais prestigiados ou aqueles que conhecem os julgadores logram êxito e têm a oportunidade de serem recebidos pessoalmente; outros, porém, são levados a deixarem os memoriais escritos com os assessores dos magistrados, não sendo recebidos pessoalmente. Nesse sentido, para alguns, os memoriais alcançam o fim a que se destina, para outros, entretanto, não.⁵⁴⁹

Daí porque a necessidade de se repensar o potencial deliberativo da sustentação oral e realocá-la para um momento que antecede a deliberação judicial.⁵⁵⁰

⁵⁴⁸ HORBACH, Carlos Bastide, **Qual é a utilidade da sustentação oral nos tribunais?**, Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-fev-09/analise-constitucional-qual-utilidade-sustentacao-oral>> Acesso em: 17 fev. 2015.

⁵⁴⁹ BAPTISTA, **Os rituais judiciais e o princípio da oralidade**, p. 284–287.

⁵⁵⁰ O tema será retomado no Cap. 6.

4.2.5 A deliberação colegiada

Nos capítulos precedentes, tratou-se da razão de ser de um órgão judicial colegiado e dos benefícios que a deliberação pode propiciar ao processo de tomada de decisões em grupos.

Partindo da premissa de que uma Corte colegiada deve observar os parâmetros deliberativos com intuito de produzir melhores decisões, uma questão que necessariamente exige reflexão diz respeito ao momento reservado para a deliberação e ao modelo que rege a interação dos integrantes do grupo no bojo do procedimento de tomada de decisões.

Quanto ao primeiro ponto, as regras procedimentais previstas em lei ou em regimentos internos dos tribunais preveem ao menos um momento para a reunião deliberativa do colegiado.

No tocante ao modo de interação entre os julgadores, nem sempre isso decorre de normas procedimentais, mas também de práticas prestigiadas em cada ambiente institucional.

Ao contrário do que sucede nos exemplos extraídos do direito comparado, a dinâmica decisória do STF - que não difere muito de outros tribunais nacionais -, prevê uma sessão única, na qual se funde a sustentação oral, a exposição dos votos individualmente e o julgamento, com a respectiva proclamação do resultado.⁵⁵¹

No que diz respeito à disciplina normativa de tal ato processual complexo,⁵⁵² o Código de Processo Civil dispõe que, na sessão de julgamento, depois da exposição da causa pelo relator, o presidente dará a palavra às partes para a sustentação oral quando esta for cabível (art. 937).

⁵⁵¹ V. Cap. 3.

⁵⁵² “Etapas do julgamento - O julgamento da causa ou do recurso, na sessão designada, constitui procedimento complexo, que se desdobra em várias etapas.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa, **Comentários ao código de processo civil - Vol. V**, Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 482).

Mais adiante, em seus arts. 938 e 939, o CPC estabelece a precedência da decisão sobre eventual questão preliminar suscitada no julgamento em relação ao mérito.

Com a rejeição da preliminar, ou não sendo esta prejudicial ao exame do mérito, “seguir-se-ão a discussão e o julgamento da matéria principal, sobre a qual deverão se pronunciar os juízes vencidos na preliminar.”

É este o único momento em que o Código refere-se à necessidade de uma “discussão” da matéria, não dispondo, porém, a respeito de como tal debate deve desencadear-se, o que foi delegado aos Regimentos Internos dos Tribunais.

No art. 941, o diploma processual estabelece que, depois de proferidos os votos, o presidente proclamará o resultado do julgamento e designará o relator como redator do acórdão, exceto quando este for vencido, hipótese em que a redação será atribuída àquele que enunciou o primeiro voto vencedor. Todos os votos, porém, serão juntados aos autos. O novo Código de Processo Civil traz novidade no que diz respeito à obrigatoriedade de declaração do voto vencido, eis que o art. 941, § 3.º assim dispõe: “O voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de pré-questionamento.”

O Regimento do STF não difere muito do rito previsto no CPC, exceto pela regra contida em seu art. 133, que regula a discussão entre os Ministros.

O dispositivo regimental outorga a cada um deles o direito de falar duas vezes no âmbito da deliberação colegiada e mais uma terceira caso precise explicar eventual alteração no seu voto inicial:

Art. 133. Cada Ministro poderá falar duas vezes sobre o assunto em discussão e mais uma vez, se for o caso, para explicar a modificação do voto. Nenhum falará sem autorização do Presidente, nem interromperá a quem estiver usando a palavra, salvo para apartes, quando solicitados e concedidos.

Em que pese a norma regimental demonstre o intento de regular o debate intramuros e, para além disso, pressuponha mais de uma rodada de

deliberação entre os julgadores, o acompanhamento das sessões de julgamento do Plenário demonstra que tal norma não é observada e tampouco necessária no atual arranjo decisório.

Ora, na prática, com a leitura do relatório pelo Ministro relator, seguida da sustentação oral e da eventual intervenção Procurador-Geral da República (arts. 131 e 132), passa-se diretamente à tomada dos votos do colegiado, começando com o relator, seguido do revisor, se houver, e dos demais Ministros, na ordem inversa de antiguidade (art. 135).

Ainda que possa haver apartes e algum debate entre os Ministros, isso se dá muito mais para obter esclarecimentos sobre um ou outro ponto da proposta de decisão que está sendo lida pelo relator ou por outro Ministro do que propriamente para deliberar a respeito de como decidir determinado caso.

Como tratado no item anterior, a ausência de debate prévio a respeito do caso, bem como de circulação dos votos escritos entre o colegiado para discussão, impede que os julgadores tenham conhecimento das posições de seus pares antecipadamente e, portanto, possam debatê-las, desafiá-las ou refutá-las, seja por meio da deliberação face a face, seja mediante votos dissidentes ou concorrentes.

A dinâmica escassamente deliberativa acaba sendo decorrência direta do fato de que cada Ministro prepara seu voto individualmente, sem consultar ou deliberar com seus pares antes da sessão de julgamento,⁵⁵³ tornando este encontro muito mais uma solenidade de leitura de votos - somada, em alguns casos, a certa dose de teatralização diante do auditório -, do que de efetivo intercâmbio e enfrentamento de pontos de vista aptos a valorizar o potencial epistemológico do processo de tomada de decisão.

Tal déficit deliberativo suscita dúvidas quanto à forma pela qual a interação entre os julgadores desenvolve-se na sessão de julgamento.

Ao se comparar a prática deliberativa do STF e de outras cortes estrangeiras, nota-se que o modelo de inter-relacionamento entre os julgadores

⁵⁵³ Não se considera aqui eventuais interações destituídas de oficialidade que possam ocorrer entre os Ministros.

pode ser regulado e, por conseguinte, assumir diferentes configurações em cada desenho institucional.

Conrado Hübner Mendes situa este fator, isto é, o modo de interação entre os julgadores como um dos dispositivos decisórios (*decisional devices*) que pode ser usado para promover a deliberação colegiada. Com efeito, uma das potencialidades deste instrumento é estimular o principal benefício da deliberação nesta fase de discussão intramuros: o potencial epistemológico que decorre do debate colegial.⁵⁵⁴

Consoante examinado por ocasião do estudo da experiência estrangeira, notou-se que a deliberação pode suceder frente a frente ou ainda por escrito; de forma fragmentada ou consolidada num encontro pontual. Ademais, a interação entre os julgadores pode acontecer de modo formal, quando regulada por alguma forma de convenção, ou informalmente.

Mendes esclarece não ser possível preestabelecer uma fórmula ideal a respeito de como a interação dos julgadores deva suceder no âmbito judicial. Apenas à luz de cada contexto institucional é que se pode aquilatar uma configuração mais ou menos apropriada. Se, de um lado, a ausência de parâmetros mínimos sobre como deva desenvolver-se a deliberação judicial pode acabar por obstá-la ou deslocá-la para vias informais;⁵⁵⁵ por outro, ainda que a deliberação não se confunda com conversa espontânea e irrefletida, o excesso na regulação da interação entre os julgadores pode torná-la artificial.

É preciso, portanto, dentro das particularidades de determinado desenho institucional, encontrar uma configuração que abra caminhos para a deliberação genuína:

As virtudes da colegialidade, da ambição epistêmica, da ambição epistêmica e da empatia não emergem ou se desenvolvem por meio de um desenho formal. A total ausência de regras, no entanto, pode também enfraquecer estas virtudes e levar a falhas deliberativas.⁵⁵⁶

⁵⁵⁴ MENDES, *Constitutional courts and deliberative democracy*, p. 166–167.

⁵⁵⁵ A exemplo do que se viu com as audiências privadas entre advogados e magistrados, tão comuns na prática deliberativa brasileira.

⁵⁵⁶ MENDES, *Constitutional courts and deliberative democracy*, p. 167.

Na linha do que explica Robert Lefflar, as sessões de deliberação devem ser conduzidas de modo que todos os juízes tenham uma oportunidade justa de influenciar o processo de tomada decisão. Do contrário, a existência de uma Corte colegiada perde seu sentido.⁵⁵⁷ Aliás, num cenário discursivo ideal, todos deveriam ter oportunidades adequadas de examinar as posições dos demais participantes e desafiá-las reciprocamente,⁵⁵⁸ de modo a aprimorar o processo decisório. Esse ideal merece ser perseguido tanto no âmbito de uma Corte colegiada, quanto em outros fóruns decisoriais públicos.

Para imprimir maior solidez à argumentação, vale lembrar que, na perspectiva dos teóricos da democracia deliberativa, o que faz das Cortes fóruns deliberativos privilegiados é justamente a adoção de procedimentos deliberativos para a tomada de decisões, somada à consideração igualitária de seus membros - ao menos dentro de um mesmo tribunal.⁵⁵⁹

Em outras palavras, as Cortes Supremas são vistas como *locus* decisórios onde prevalece o confronto de argumentos almejando o consenso em detrimento dos procedimentos de barganha ou de mera agregação de preferências pela votação; onde os participantes encontram-se numa posição de igualdade, de sorte tal que tenham condições de expressar suas posições e ter seus argumentos adequada e atenciosamente sopesados.

Deste modo, seria contrário ao ideal deliberativo pensar que o procedimento decisório no STF venha a ser predominantemente agregativo e, para além disso, que venha causar disparidades entre os julgadores.

No entanto, certos arranjos procedimentais acabam obstando o potencial deliberativo das Cortes.

Um exemplo de tais problemas é narrado pelo antigo Presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos, William Rehnquist. Nomeado para compor

⁵⁵⁷ LEFLAR, Robert A., The multi-judge decisional process, **Maryland Law Review**, v. 42, p. 722-731, 1983, p. 726.

⁵⁵⁸ GASTIL, **By popular demand: revitalizing representative democracy through deliberative elections**, p. 23.

⁵⁵⁹ V. Cap. 2.

a Corte em 1972, Rehnquist observou que sua opinião muitas vezes não tinha impacto no processo decisório. Isso porque, sendo o *Justice* mais novato e, portanto, último a expor sua posição na sessão de deliberação, quando chegava a ocasião de pronunciar-se, deparava-se com uma causa já decidida.

Como os votos dos *Justices* com maior antiguidade já haviam definido o resultado do julgamento, sua ponderação sequer era debatida pelo colegiado. Sua frustração dava-se pela ausência de mais rodadas de discussão após o pronunciamento de cada um dos julgadores.⁵⁶⁰

Atualmente, conforme tratado no capítulo precedente, há uma prática costumeira na sessão de deliberação da Suprema Corte dos Estados Unidos - mencionada pelo atual *Justice* Stephen Breyer - segundo a qual ninguém fala duas vezes antes que todos tenham falado uma primeira vez.⁵⁶¹

Trata-se de uma prática voltada a impedir o monopólio da palavra por alguns e, respectivamente, a permitir que todos os juízes, dos mais antigos aos mais novos, possam ter sua posição apreciada pelos demais.⁵⁶²

Algo semelhante ao narrado por Rehnquist sucede no âmbito do processo decisório do STF - embora, inversamente ao que acontece na Corte norte-americana, o benefício de falar em primeiro lugar seja outorgado ao

⁵⁶⁰ “When I first went on the Court, I was both surprised and disappointed at how little interplay there was between the various justices during the process of conferring on a case. Each would state his views, and a junior justice could express agreement or disagreement with views expressed by a justice senior to him earlier in the discussion, but the converse did not apply; a junior justice’s views were seldom commented upon, because votes had been already cast up the line. Like most junior justices before me must have felt, I thought I had some very significant contributions to make, and was disappointed that they hardly ever seemed to influence anyone because people did not change their votes in response to my contrary views. I thought it would be desirable to have more of a round-table discussion of the matter after each of us had expressed our views. Having now sat in conferences for fifteen years, and risen from ninth to seventh to first in seniority, I now realize - with newfound clarity - that while my idea is fine in the abstract it probably would not contribute much in practice, and at any rate is doomed by the seniority system to which the senior justices naturally adhere.” (REHNQUIST, *The Supreme Court*, p. 254–255).

⁵⁶¹ “Now, one of the best rules – and I think it’s true for any group – the rule of that conference is no one speaks twice until everyone has spoken once.” Disponível em: <http://supremecourt.c-span.org/Video/JusticeOwnWords/SC_Jus_Breyer.aspx> Acesso em: 13.03.2014.

⁵⁶² Como se nota, a prática da Suprema Corte dos Estados Unidos assemelha-se do que é previsto no art. 133 do Regimento Interno do STF, acima citado.

relator e aos membros mais novos, já que aqui se vota na ordem inversa de antiguidade (art. 135, do Regimento Interno do STF).⁵⁶³

Ora, a ausência de deliberação efetiva entre os julgadores antes do pronunciamento dos votos - seja antecipadamente à sessão de julgamento, seja ao longo dela -, quando atrelada à leitura dos votos na ordem regimental, pode afetar a igualdade entre os membros do colegiado e, conseqüentemente, mitigar o poder de influência de determinados Ministros no processo decisório.⁵⁶⁴

Considerando que não existe debate acerca das possíveis soluções do caso anteriormente à pronúncia de cada um dos votos - que são apresentados segundo o modelo *seriatim* (prática em que os votos de cada magistrado são proferidos individualmente, um após o outro) -, Virgílio Afonso da Silva traça duas hipóteses em que o procedimento decisional do STF pode frustrar a adequada deliberação.⁵⁶⁵

A primeira hipótese formulada pelo referido autor, que muito se assemelha ao problema posto por Rehnquist, dá-se, por exemplo, quando os primeiros seis Ministros votam num mesmo sentido. Com isso, os votos dos demais - os mais antigos e o Presidente - já não têm tanta influência, uma vez que a causa já está decidida. Ainda que, teoricamente, os Ministros possam rever sua posição até o fim do julgamento, o fato é que, na real dinâmica decisória do STF, marcada pela extrema publicidade da sessão de julgamento, tal evento é pouco provável.

Suponha-se, como segunda hipótese, que os votos dos oito primeiros Ministros resultem numa divisão equânime do colegiado (quatro votos a favor da constitucionalidade de determinado dispositivo e quatro contra). Neste cenário, os julgadores seguintes estão numa posição privilegiada, eis que podem votar estrategicamente. Se estes tiverem outras alternativas para solucionar o caso, podem meramente seguir tal posição (que certamente não irá

⁵⁶³ Art. 135. Concluído o debate oral, o Presidente tomará os votos do Relator, do Revisor, se houver, e dos outros Ministros, na ordem inversa de antiguidade.

⁵⁶⁴ DA SILVA, Deciding without deliberating, p. 571-572.

⁵⁶⁵ *Ibid.*

prevalecer, diante da impossibilidade de alcançar uma maioria) ou, ainda, podem votar sofisticadamente, aderindo a alguma das duas posições que seja mais interessante ou mais compatível com sua posição pessoal.

Isso demonstra que ocasionalmente alternativas plausíveis para solucionar determinado problema podem ser desconsideradas por não encontrarem no procedimento decisório uma abertura para serem oportunamente debatidas.

O que se nota, portanto, é que tal procedimento acaba obstando a plena interação discursiva entre os magistrados, que, em tese, proporcionaria o criterioso isolamento do problema de determinado caso e de suas potenciais soluções antes da tomada da decisão mediante a proclamação sequencial dos votos.

No intuito de buscar soluções para tal déficit procedimental, parece oportuno aproximar elementos da teoria deliberativa do modelo de tomada de decisões do STF.

Primeiramente, cabe notar que o procedimento do STF acaba por menosprezar que a deliberação judicial, diante dos benefícios que pode gerar, merece ser privilegiada. Partindo desta premissa, é lícito concluir que, sempre que factível, a deliberação merece preponderar sobre a sistemática de agregação das posições individuais mediante votação.

Isso porque o modelo decisório baseado preponderantemente no voto, ainda que justo por outorgar tratamento igualitário a todos, pressupõe que preferências e posições sejam imutáveis e inconciliáveis, assim como desconsidera o efeito epistêmico da deliberação.⁵⁶⁶

O modelo deliberativo, inversamente, dá atenção ao momento comunicativo de formação de preferências e de pontos de vista que antecede à

⁵⁶⁶ “Research in social psychology and small group communication has found that, on balance, group discussion generally results in higher-quality decisions than do methods that rely upon single individuals. Moreover, past research has shown that group discussion leads to better decisions than noninteractive methods of collective decision making. In sum, groups produce better average decisions than individuals, and groups that engage in deliberation outperform nominal groups that simply pool individual opinions without open-ended discussion.” (GASTIL, **By popular demand**, p. 23).

votação; concomitantemente, parte do pressuposto que os participantes de uma discussão estejam dispostos a informar-se reciprocamente de suas posições e a submetê-las ao questionamento do grupo.

Logo, uma deliberação efetiva abrange o exame cuidadoso de um dado problema, a identificação das imagináveis soluções, o estabelecimento de critérios de avaliação, bem como a utilização desses critérios para detectar o melhor resultado possível.⁵⁶⁷

Do mesmo modo, no contexto decisório de uma Corte de Precedentes, a deliberação deve passar pelo isolamento de um conjunto de soluções para o problema, mas sempre envolve ainda a análise do problema, especificação de critérios de decisão e, finalmente, o julgamento.

Nada disso é possível quando se emprega um procedimento meramente agregativo de posições. É o que explica Conrado Hübner Mendes:

Num tribunal, o maior desafio é encontrar uma linha comum de argumentação, identificar e reduzir desacordos, esforçar-se pela convergência sem suprimir a divergência ou o direito do voto vencido (direito que carrega a responsabilidade de demonstrar por que discorda, pois não se vota vencido gratuitamente). Numa boa deliberação interna os juízes prestam atenção a todos os participantes, incorporam argumentos dos outros em seus posicionamentos, seja para aderir ou para dissentir. Sua posição final não é formada em casa ou na paz de seu gabinete, mas no fórum público (ainda que o “público” limite-se ao colegiado). Não estão obrigados a esconder o desacordo, mas comprometem-se a participar de uma autêntica deliberação, e não mera agregação de posições individuais.⁵⁶⁸

Por isso, é fundamental repensar o desempenho deliberativo da Corte, bem como refletir sobre as formas de aprimoramento do julgamento colegiado. Antes, porém, é oportuno sublinhar como algumas práticas arraigadas na cultura da Corte igualmente afetam o julgamento colegiado.

⁵⁶⁷ *Ibid.*, p. 22.

⁵⁶⁸ MENDES, Conrado Hübner, Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF, *in*: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada, **Direito e interpretação: racionalidade e instituições**, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 352.

4.3 Práticas que obstam a deliberação colegiada

4.3.1 A ausência de compartilhamento prévio das informações

Deliberar é um procedimento corriqueiro - embora não o único - quando decisões em grupo precisam ser tomadas. Como tratado anteriormente, uma das principais razões para se deliberar repousa no seu potencial benefício epistemológico, que conduz à possibilidade de se aprender coletivamente a partir da identificação e confrontação de diversas posições. Participantes num debate geralmente têm diferentes informações e perspectivas sobre possíveis alternativas decisórias e suas consequências.

Em determinados casos, certas informações são fundamentais para se chegar a uma decisão adequada. Outras vezes, são elas irrelevantes ou podem conduzir a resultados indesejados. A deliberação pode contribuir justamente para identificar os problemas em pauta, distinguir as informações relevantes das irrelevantes, isolar os argumentos mais apropriados e, ademais, revelar o dissenso acerca de questões que efetivamente não comportam uma única solução.⁵⁶⁹

No entanto, tudo isso parte do pressuposto, como explica James Fearon, de que os participantes de uma rodada deliberativa estejam dispostos a revelar tanto as informações que dispõem quanto as suas preferências a respeito de determinada solução jurídica para o problema enfrentado.⁵⁷⁰

Esta também parece ser a opinião de Diego Gambetta, para quem uma das principais consequências da deliberação é a distribuição de informações

⁵⁶⁹ Para Kasper Hansen “in the process of deliberation, the participants are forced to articulate their views and listen to other views. Such an articulation may potentially clarify personal opinions and may even create a more consistent and coherent set of opinions (...) if deliberation is able to increase the individuals’ ability to rank the alternatives into coherent patterns and to exclude the alternatives which nobody likes the choice of decision rule becomes less complex.” (**Deliberative Democracy and Opinion Formation**. Odense: University Press of Southern Denmark, 2004, p. 100–101).

⁵⁷⁰ “For example, individual members, of the group might have private information about factors bearing on the probability of different outcomes of the different choices, or on the nature of these outcomes, and making a good decision for the group might require the revelation of such private information.” (FEARON, *Deliberation as discussion*, p. 46).

entre os participantes do debate. Se, por acaso, as informações e as habilidades argumentativas dos participantes no debate não são idênticas, a deliberação tem o condão de distribuir e incrementar o conhecimento a respeito das distintas posições em jogo.⁵⁷¹

Em que pese isso, como bem demonstrado por Virgílio Afonso da Silva, no STF, em face da sistemática decisória agregativa e da arraigada prática de decidir sem deliberar, não existe espaço adequado para que as informações e preferências de cada Ministro sejam antecipadamente reveladas para o colegiado, de sorte a permitir a reflexão sobre as potenciais soluções para determinado caso.⁵⁷²

Nesse particular, o referido constitucionalista toma como exemplo o caso do habeas corpus impetrado pelo escritor Siegfried Ellwanger em face de sua condenação pela prática do crime de racismo contra a comunidade judaica.⁵⁷³

A análise do julgado empreendida por Virgílio Afonso da Silva enfatiza alguns problemas da falta de compartilhamento prévio das informações no colegiado. Primeiramente, como tal julgamento dependia do exame do conteúdo de livros publicados pelo impetrante - cuja leitura integral seria impraticável por cada julgador individualmente -, alguns votos citaram trechos dos livros para embasar sua posição. As citações variavam em cada voto: alguns assertos eram mais claramente antissemitas; outros, menos. Ao mesmo tempo em que cada Ministro utilizava diferentes informações para apreciar o problema, desconheciam os trechos selecionados pelos seus pares como base para a formação de seu convencimento.

Logicamente, como os votos e as informações ali referidas não foram compartilhadas antecipadamente, somado ao fato de que os Ministros preparam seus votos de forma independente e simultânea, o colegiado não tinha ciência - pelo menos até a sessão de julgamento - de qual informação teria sido

⁵⁷¹ GAMBETTA, “Claro!”: an essay on discursive machismo, p. 22.

⁵⁷² DA SILVA, Deciding without deliberating, p. 572–575.

⁵⁷³ STF, HC 82.424, rel. Min. Moreira Alves, j. 17.09.2003, DJ 19.03.2004.

determinante para levar cada um dos Ministros a decidir da maneira que decidiu.⁵⁷⁴

Outra interessante análise do referido julgamento, vai mais além, ao demonstrar que o problema do caso Ellwanger não se reduz à ausência de compartilhamento das informações colhidas isoladamente por cada Ministro, mas, além disso, reside no modo como cada um dos julgadores, a partir da análise individual que faz do caso, seleciona um determinado problema como sendo a questão central a ser resolvida.⁵⁷⁵

A problemática, como bem apontam Vojvodic, Machado e Cardoso, dá-se quando os Ministros, examinando o mesmo caso, isolam distintas questões, tal como se vê no caso Ellwanger:

Os ministros podem ser agrupados em quatro tipos diferentes de argumentos, que combinam esses problemas de formas diferentes, conforme foram apresentados pelos próprios ministros, como as questões centrais a serem respondidas pelo Tribunal:

(a.1) A primeira questão se resume à identificação ou construção de um conceito de racismo, problema central na visão dos ministros Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence.

(a.2) Um segundo grupo de ministros questiona a possibilidade de haver crime de racismo contra judeus. Esse grupo é formado pelos votos dos ministros Moreira Alves, Celso de Mello, Carlos Velloso, Nelson Jobim e Ellen Gracie.

(b) Em terceiro lugar, quais seriam os meios pelos quais o crime de racismo pode ser cometido. É a questão essencial presente nos votos dos ministros Gilmar Mendes, Nelson Jobim e Carlos Velloso.

(c) Por fim, qual seria o resultado do choque entre liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana no caso da criminalização de manifestações do pensamento, é o centro do questionamento feito pelos ministros Carlos Britto e Marco Aurélio.⁵⁷⁶

Por decorrência da ausência de deliberação prévia entre os magistrados a respeito das questões jurídicas a serem decididas, cada julgador trata em seu voto daquela que reputou essencial para a solução do caso. Como pode

⁵⁷⁴ DA SILVA, Deciding without deliberating, p. 572–573.

⁵⁷⁵ VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa, Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF, *Revista Direito GV*, n. 9, p. 21–44, 2009, p. 31–33.

⁵⁷⁶ *Ibid.*, p. 32–33.

acontecer que cada um deles identifique questões diversas, o resultado, no final das contas, é que “cada ministro decide um caso completamente diferente.”⁵⁷⁷

Como parece claro, a ausência de deliberação para identificação das questões a serem solucionadas e para a construção conjunta da argumentação faz com que as informações do caso e os temas a serem decididos sejam apreciados isoladamente e não revelados antecipadamente, eliminando, portanto, o benefício deliberativo do julgamento colegiado:

O processo decisório, como é estruturado, permite tal escolha dos ministros, sobre qual problema querem resolver com sua argumentação, sem que haja um pronunciamento de todos os ministros sobre ele. Ao mesmo tempo, necessariamente, não há deliberação entre os ministros, para que cheguem a um acordo pelo menos com relação a qual é o principal problema trazido pelo caso.⁵⁷⁸

O saldo disso é que, embora seja possível constatar o resultado do julgamento pela leitura de seu dispositivo, torna-se árdua a tarefa de compreender quais foram os fundamentos que embasaram a decisão e qual a sua *ratio decidendi*. Aquele que pretenda identificar a argumentação que representa a vontade do colegiado - unânime ou majoritária -, pode concluir pela sua inexistência, eis que não se constitui uma maioria em relação aos fundamentos do *decisum*.

Em tais casos, pode-se até identificar-se a “*ratio* do ministro”, mas não a “extração da *ratio* coletiva, institucional.”⁵⁷⁹

Demais disso, outra implicação da falta de deliberação consiste no subaproveitamento da diversidade de experiências, formações e *expertises* de cada magistrado, que naturalmente, se bem utilizadas, poderiam estimular o florescimento de variadas interpretações e soluções para determinado problema

⁵⁷⁷ *Ibid.*, p. 33.

⁵⁷⁸ *Ibid.*

⁵⁷⁹ *Ibid.*, p. 31.

e, consequentemente, enriquecer o debate colegiado.⁵⁸⁰ Essa multiplicidade de perfis na Corte, que é indubitavelmente profícua no contexto de um processo decisório deliberativo, pouco contribui quando prepondera uma lógica de julgamento meramente agregativa de posições individuais, dissociada da interação discursiva entre os membros do colegiado.⁵⁸¹ Afinal de contas, se a deliberação tem o potencial benefício de provocar a mudança endógena de preferências mediante o diálogo que deve anteceder à tomada de decisão, saber “os pontos de vista dos outros ministros antes formar sua opinião é algo que contribuir para a robustez da deliberação.”⁵⁸²

O processo decisório do STF carrega, portanto, um significativo déficit deliberativo neste tocante.⁵⁸³

4.3.2 A racionalidade advocatícia e as zonas de autarquia

Ainda nesse âmbito de discussão, recentes estudos sobre a atuação decisória do STF chamam a atenção para uma outra prática comum na Corte - e que poder-se-ia dizer corriqueira entre os juízes brasileiros, de uma forma geral -, que consiste na “estratégia” de agir segundo a lógica advocatícia, revelando

⁵⁸⁰ Sobre o assunto, ver: “When a three-judge panel is composed of individuals with similar backgrounds, judges focus on shared information and are more likely to reach a consensus quickly. In contrast, when the panel reflects a variety of backgrounds, the give-and-take process of decision making is likely to be more robust, with more alternatives considered by the group.” (HAIRE, Susan B.; MOYER, Laura P.; TREIER, Shawn, Diversity, Deliberation, and Judicial Opinion Writing, *Journal of Law and Courts*, v. 1, n. 2, p. 303–330, 2013, p. 307).

⁵⁸¹ Como visto no Cap. 3, nas Cortes Constitucionais da Alemanha e do Reino Unido, a *expertise* dos julgadores em determinadas áreas do direito é consideravelmente levada em conta ao longo do processo decisório.

⁵⁸² “Knowing the points of view of the other justices before forming her own opinion is something that would contribute to the robustness of deliberation. One justice may have read a relevant work on the topic at hand, but this information will never be shared with her colleagues, who will come to know it only after they have already written their own opinions.” (SILVA, Deciding without deliberating, p. 573).

⁵⁸³ Ver, a respeito das vantagens da deliberação no procedimento de identificação dos problemas a serem decididos e as potenciais soluções: GASTIL, *By popular demand: revitalizing representative democracy through deliberative elections*, p. 22.

na fundamentação de seu voto apenas as informações e argumentos que suportem a tese por si sustentada, a fim de “ganhar a qualquer custo”.⁵⁸⁴⁻⁵⁸⁵

Esse tipo de racionalidade é vista quando os Ministros utilizam argumentos, citam trechos doutrinários e referem-se a decisões anteriores de forma aleatória e estratégica, mencionando apenas aquelas que corroborem sua linha argumentativa. Geralmente, ao adotar tal comportamento, preocupam-se pouco com os precedentes eventualmente existentes ou ainda com as posições dos demais membros do colegiado. O que vale aqui é a opinião pessoal do julgador.

Da mesma sorte, ignora-se no âmbito da argumentação a existência de posturas e entendimentos conflitantes - sejam judiciais ou doutrinários -, como se aquele perfilhado em seu voto fosse a única resposta correta para determinado problema jurídico. Colhem-se, assim, as referências jurisprudenciais e doutrinárias que corroboram a tese sustentada no voto e omitem-se todas as demais posições dissonantes eventualmente existentes. Desse modo, “cada juiz decide os casos como bem entender, por motivos meramente arbitrários.”⁵⁸⁶

Uma análise profunda deste problema, e mais especialmente do modelo de racionalidade jurídica verificado no Brasil, foi levada a efeito por José Rodrigo Rodriguez. O teórico suscita proficuamente a necessidade de se compreender o relacionamento entre o modelo de racionalidade jurídica vigente⁵⁸⁷ e elementos empíricos, a fim elaborar uma crítica das práticas institucionais em vigor.⁵⁸⁸

⁵⁸⁴ DA SILVA, Deciding without deliberating, p. 576–577.

⁵⁸⁵ SUNDFELD, Carlos Ari; PINTO, Henrique Motta. Três desafios para melhorar a jurisdição constitucional brasileira. In: VOJVODIC, Adriana; MOTTA PINTO, Henrique; PAGANI, Rodrigo (Org.). **Jurisdição Constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 24-29.

⁵⁸⁶ RODRIGUEZ, José Rodrigo, **Como decidem as Cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)**, Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

⁵⁸⁷ “Chamo de ‘modelo de racionalidade judicial’ o conjunto de raciocínios utilizados para resolver casos concretos a partir do direito posto, ou seja, do material jurídico à disposição do juízo.” (*Ibid.*, p. 53).

⁵⁸⁸ *Ibid.*, p. 69.

Na obra “Como decidem as Cortes?”, Rodriguez demonstra, dentre outras coisas, como o modelo de racionalidade jurídica presente no Brasil traz impactos no julgamento colegiado e, por conseguinte, num sistema que aspira por formar e respeitar precedentes.

Um aspecto marcante da racionalidade jurídica brasileira é o de que “o juiz, quando decide, ou seja, quando exerce sua autoridade, também invoca autoridades em profusão para demonstrar que sua posição é a única correta.”⁵⁸⁹

Tal autor denuncia o fato de que, no Brasil,⁵⁹⁰ de forma bastante reiterada, as Cortes decidem fazendo referência à doutrina e a julgados, mas “sem reconstruí-los em uma linha de argumentação racional, ou seja, sem explicar o porquê de cada autor (ou caso) ser relevante para a solução final, de acordo com sua reconstrução sistemática das fontes de direito.”⁵⁹¹ Vale citar o seguinte trecho, que expressa as características de tal modo de argumentar:

A estrutura textual utilizada na argumentação por autoridade é sempre muito parecida: elabora-se uma tese, de saída, a partir de uma autoridade qualquer (legislação, doutrinador, caso julgado). Em seguida, são invocadas autoridades para corroborá-la, pouco importando a coerência entre elas, ou seja, a coerência entre as leis, casos julgados ou citações de doutrina utilizados. Por fim, é proposta uma solução para o caso como se ela fosse absolutamente óbvia, por ter sido, justamente, sustentada por praticamente “todos”, todas as autoridades relevantes sobre o assunto. Uma argumentação que é pura manipulação, no sentido pejorativo da palavra, das fontes de direito.⁵⁹²

⁵⁸⁹ *Ibid.*, p. 81.

⁵⁹⁰ Tal forma de racionalidade jurídica não se refere exclusivamente ao modo do decidir do STF ou de um tribunal em particular, mas a um fenômeno muito mais vasto, que deita raiz em aspectos históricos da formação da cultura jurídica brasileira. Ver, por exemplo, a análise de Ricardo Marcelo Fonseca a respeito da formação da cultura jurídica brasileira e especialmente dos traços intelectuais marcantes do jurista brasileiro após a criação dos primeiros cursos de direito no Brasil: FONSECA, Ricardo Marcelo. Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX. **Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno**, n. 35, t. I, 2006. V. ainda: MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**: Justificativa do novo CPC. São Paulo: RT, 2014.

⁵⁹¹ RODRIGUEZ, **Como decidem as Cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)**, p. 81.

⁵⁹² *Ibid.*, p. 80–81.

Logo, uma decisão que à primeira vista mostra-se formalmente fundamentada, pode, em verdade, mascarar argumentos meramente retóricos, de impossível reconstrução racional e cujo objetivo é “conferir aparência racional a decisões puramente arbitrárias”.⁵⁹³

Trata-se daquilo que Rodriguez denomina de “zona de autarquia”, isto é, do “espaço institucional em que as decisões não estão fundadas em um padrão de racionalidade qualquer, ou seja, em que as decisões são tomadas sem fundamentação.”⁵⁹⁴

Para ilustrar tal ponto, o autor cita um julgamento do TST em que se discutiu a respeito do direito ao auxílio-creche para homens em face de disposição de determinada norma coletiva. Segundo a norma coletiva questionada, faziam jus ao auxílio-creche as mães, os viúvos e pais solteiros ou separados que tivessem a guarda dos filhos. Os empregados que não enquadrassem tem tais casos não fariam jus ao benefício. Um empregado, porém, propôs ação alegando violação ao princípio da igualdade entre homens e mulheres.

Embora tenha se tratado de julgamento unânime e em que todos os membros do colegiado acompanharam o relator sem acrescentar votos individuais, houve algo de peculiar no que toca à fundamentação. A fim de justificar a viabilidade de se discriminar homens e mulheres em determinadas circunstâncias, o relator invoca trecho de obra da “filósofa judia e santa da Igreja Católica Edith Stein.”⁵⁹⁵

⁵⁹³ *Ibid.*, p. 70.

⁵⁹⁴ *Ibid.*, p. 69.

⁵⁹⁵ Extraí-se da ementa do julgado: “Para EDITH STEIN (1891-1942), destaque feminino no campo filosófico (fenomenologista alemã), três características se destacam na relação homem-mulher: igual dignidade, complementariedade e diferenciação (não só biológica, mas também anímica). Cada um dos sexos teria sua vocação primária. Para EDITH STEIN (1891-1942), destaque feminino no campo filosófico (fenomenologista alemã), três características se destacam na relação homem-mulher: igual dignidade, complementariedade e diferenciação (não só biológica, mas também anímica). Cada um dos sexos teria sua vocação primária e secundária, em que, nesta segunda, seria colaborador do outro: a vocação primária do homem seria o domínio sobre a terra e a da mulher a geração e educação dos filhos (“A primeira vocação profissional da mulher é a construção da família). Por isso, a mulher deve encontrar, na sociedade, a profissão adequada, que não a impeça de cumprir a sua vocação primária, de ser “o coração da família e a alma da casa”. O papel da

A problemática, como bem explica Rodriguez, é justamente a ausência de justificativa para a escolha da teóloga e santa alemã como critério de fundamentação do julgado, tratando-se, portanto, de uma opção pessoal e discricionária daquele magistrado em particular. Não se infere do julgado “por que as categorias trazidas pela autora seriam adequadas para decidir a respeito da concessão de auxílio-creche”, ao invés de outro critério. Logo, é bastante provável que se outro fosse o relator, tal fundamento não teria sido empregado e, por consequência, o julgamento seria diverso.

Tal exemplo demonstra uma hipótese em que a fundamentação não é fundada num padrão de racionalidade aceitável por todos, tampouco dotada de imparcialidade, mas sim em um argumento puramente personalista. Em outras palavras, o julgamento colegiado não envolveu a busca de melhor solução para o referido problema à luz de uma interpretação jurídica sistemática, mas sim resultou da opinião pessoal do relator, o que se agrava diante da ausência da deliberação colegiada a respeito das potenciais soluções para o caso e de suas respectivas fundamentações.

É ainda dentro dessa ordem de ideias que merece ser enfatizada a arraigada cultura personalista da jurisdição brasileira. Para expressar tal fenômeno, Rodriguez refere-se ao termo “lógica do parecer”, modo de pensar arraigado especialmente entre os juristas brasileiros, que se preocupam em exteriorizar suas opiniões pessoais acerca de determinado problema, mas não em “demonstrar analiticamente a correção da solução que defendem”. No plano processual, esse comportamento tem o condão de revelar no Brasil um modelo opinativo de jurisdição, já que, em geral, fundamentar é meramente “expor uma opinião pessoal”, que procura “direcionar, a golpes de autoridade, a opinião do juízo” e que, ao argumentar invocando autoridades “aposta mais no poder

mulher é próprio e insubstituível, não podendo limitar-se à imitação do modo de ser masculino (cfr. Elisabeth Kawa, “Edith Stein”, Quadrante - 1999 - São Paulo, pgs. 58-63).” (TST, 4ª. T., Rec. Rev. 5200-40.2003.5.22.0003, rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, j. 02.03.2005, DJ 01.04.2005)

simbólico da jurisdição do que na necessidade de que ela se legitime racionalmente diante das partes na ação e da esfera pública mais ampla”.⁵⁹⁶

Com efeito, a racionalidade advocatícia acaba produzindo decisões personalistas e despreocupadas com a construção racional de soluções dotadas de universalidade.⁵⁹⁷

Isso traz sérios problemas para a teoria dos precedentes. Ora, como precedentes representam “razões generalizáveis que podem ser extraídas da justificação das decisões”,⁵⁹⁸ uma cultura que prestigia os precedentes não se coaduna com argumentos personalistas, arbitrários e fundados em particularismos.

A postura individualista, além disso, dificulta, como antes tratado, a formação da *ratio decidendi* da Corte, mas sim do Ministro. Consequentemente, torna-se bastante complicado pensar numa efetiva operacionalidade de um sistema de precedentes quando as Cortes Supremas não exteriorizam um entendimento institucional decifrável, mas sim um agregado de posições individuais num texto assistemático, a partir do qual se somam os resultados elegidos por cada um dos julgadores.⁵⁹⁹

⁵⁹⁶ RODRIGUEZ, **Como decidem as Cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)**, p. 81.

⁵⁹⁷ A respeito da universalidade dos precedentes, confira: “O tribunal, ao deliberar de forma colegiada acerca da interpretação e aplicação de uma determinada norma jurídica sobre um delimitado substrato fático, acaba por resolver a disputa para além do caso individual, na medida em que as justificações de um julgamento colegiado imprimem a força de uma regra de conduta, afirmando o parâmetro de resolução para os casos semelhantes futuros. O raciocínio do tribunal é voltado para estabelecer uma doutrina jurídica que seja aplicável a todos os casos repetíveis, lançando mão de uma justificação mais universal possível.” (PEREIRA, Paula Pessoa, **Legitimidade dos precedentes: Universalidade das decisões do STJ**, São Paulo: RT, 2014, p. 118–119).

⁵⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIEIRO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015, v. 2, p. 610-611.

⁵⁹⁹ Rodriguez explica que, no âmbito nacional, “a argumentação jurídica sistemática ocupa um segundo plano; é de importância secundária o funcionamento de nossas instituições e para a legitimação de nosso direito. Afinal, além da votação por maioria de votos nos tribunais em um modelo que permite que a fundamentação varie de juiz para juiz (o que pode produzir no STF decisões unânimes, mas com 11 fundamentações diferentes), a padronização das decisões dos tribunais se faz por via de ementas e enunciados e não por meio de precedentes que podem ser reconstruídos argumentativamente.” (RODRIGUEZ, **Como decidem as Cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)**, p. 23).

Logo, em casos difíceis, denota-se “a falta de clareza, coerência ou até a dificuldade de se encontrar a *ratio decidendi* (a linha argumentativa da decisão).”⁶⁰⁰ Esse mesmo problema é relatado por Ruth Ginsburg, *Justice* da Suprema Corte dos Estados Unidos, ao afirmar que as virtudes do Estado de Direito, tal como a consistência, previsibilidade, clareza e estabilidade podem ser postas em perigo quando uma Corte não age efetivamente como um corpo colegiado.⁶⁰¹

Uma decorrência preocupante da racionalidade jurídica preponderante no Brasil, calcada num padrão argumentativo personalista, diz respeito à dificuldade de se usar e respeitar as decisões anteriores da própria Corte, de se dialogar com os precedentes já estabelecidos, seja para respeitá-los, seja para demonstrar à sociedade que determinado entendimento está sendo superado em virtude de mutações sociais, políticas ou culturais (*overruling*).

Ademais, cada modificação na composição de um Tribunal pode desencadear a alteração no entendimento de questões anteriormente decididas, gerando a instabilidade jurídica e frustrando a filosofia que deve perfilar um sistema de precedentes.

Em certa medida, tais constatações refletem o que parte dos estudos que se dedicaram ao tema tem apontado como sendo um aspecto do déficit deliberativo no STF e que traz reflexos expressivos quando se pensa no fomento de uma cultura de respeito aos precedentes.⁶⁰² Ora, na medida em que se constata um modo de decidir despreocupado com o emprego de argumentos racionais aceitáveis e que não valoriza os julgados produzidos pelo próprio Tribunal, impõe-se óbices ao amadurecimento de um sistema de solução de conflitos baseado em precedentes.⁶⁰³

⁶⁰⁰ VOJVODIC; MACHADO; CARDOSO, Escrevendo um romance, primeiro capítulo, p. 25.

⁶⁰¹ GINSBURG, Ruth Bader, Speaking in a judicial voice, **New York University Law Review**, v. 67, p. 1185–1209, 1992, p. 1191.

⁶⁰² V. principalmente SUNDFELD, Carlos Ari Vieira; PINTO, Henrique Motta, Três desafios para melhorar a jurisdição constitucional brasileira, *in*: VOJVODIC, Adriana de Moraes *et al* (Orgs.), **Jurisdição Constitucional no Brasil**, São Paulo: Malheiros, 2012, p. 19–52.

⁶⁰³ Sobre o tema, v. MARINONI, Luiz Guilherme, **A ética dos precedentes: A justificativa do novo CPC**, São Paulo: RT, 2014.

Logo, no atual cenário, o procedimento deliberativo passa por dois problemas essenciais: de um lado, a ausência de um desvendar de informações e argumentos que cada membro do colegiado tem como relevantes para o julgamento do caso; de outro, uma racionalidade jurídica que se revela, em grande medida, pautada por argumentos de autoridade, pela racionalidade advocatícia e por decisões de caráter personalista, que expressam a *ratio decidendi* do julgador e não do colegiado. Afinal de contas, aqui “os juízes e os juristas não debatem entre si a melhor solução para o caso concreto e para os problemas jurídicos pensados em abstrato.”⁶⁰⁴

De fato, o julgamento colegiado, tanto no STF quanto nas demais Cortes brasileiras, mostra-se antideliberativo, na medida em que os magistrados acabam seguindo a prática de não revelar informações que contrariam seu entendimento e adotam uma argumentação não-sistemática, de caráter opinativo e calcada na invocação de autoridades.

Se a questão já se revelava importante por mera questão de segurança jurídica, e pela exigência do fortalecimento do princípio da confiança nas decisões judiciais e da igualdade de tratamento, o novo Código de Processo Civil propõe o fortalecimento de uma cultura de precedentes ao determinar que as Cortes “devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (art. 926) e, ademais, que eventual modificação de precedentes (assim como de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos), pode ter seus efeitos modulados de forma a salvaguardar o interesse social e a segurança jurídica (art. 927, §§ 3º e 4º).

Portanto, uma cultura de precedentes não se adequa a uma argumentação assistemática, personalista e irracional, tal como a vigente, exigindo o aperfeiçoamento do desempenho deliberativo do STF, bem como o repensar da teoria normativa subjacente ao julgamento colegiado.⁶⁰⁵

⁶⁰⁴ RODRIGUEZ, **Como decidem as Cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)**, p. 16.

⁶⁰⁵ Sobre tais temas, v. Cap. 5 e 6.

4.3.3 Colegialidade e a ética deliberativa

É fundamental por ora perceber como a racionalidade advocatícia e a lógica decisional personalista não se coadunam com a ética deliberativa que deve presidir o julgamento colegiado, notadamente quando se pensa numa Corte de Precedentes.

Primeiramente, convém ter em mente que, embora a deliberação judicial seja uma conquista coletiva,⁶⁰⁶ ela depende de atitudes individuais de cada um dos integrantes do colegiado. Melhor explicando: a ética deliberativa exige a aderência por parte dos integrantes do colegiado a um conjunto peculiar de virtudes que se alternam ao longo das diferentes tarefas a serem desempenhadas pela Corte.

Empregando os elementos teóricos fornecidos por Conrado Hübner Mendes, é possível isolar tais virtudes nas diferentes tarefas de uma Corte deliberativa, vale dizer, nas fases pré-decisional, decisional e pós-decisional.⁶⁰⁷

Por ora, interessa o exame da “colegialidade” enquanto primordial virtude da fase decisional, isto é, da fase de interação colegiada, na qual se desenrola a deliberação intrainstitucional. É nesta ocasião do procedimento decisório que se deve manifestar o ideal deliberativo da participação discursiva entre os integrantes do colegiado, de modo a proporcionar o criterioso isolamento do problema de determinado caso e de suas potenciais soluções antes da tomada da decisão, venha a ser ela unânime ou majoritária.

De acordo com Mendes, a colegialidade está vinculada à ideia de um projeto colaborativo que se preocupa com uma cultura institucional de incentivo à deliberação e à busca pela unidade. Colegialidade compreende “um certo nível de respeito, um compromisso de arguir e cooperar”, além da “disposição de esforçar-se para produzir decisões decisão supra-individuais”. A

⁶⁰⁶ V. a tipologia do empreendimento coletivo de Kornhauser e Sager apresentada no item 2.6, *supra*.

⁶⁰⁷ MENDES, *Constitutional courts and deliberative democracy*, op. cit., p. 104 et seq.

colegialidade, ademais, aspira pela unanimidade, embora lide respeitosamente com os desacordos que podem revelar-se inconciliáveis depois de um encontro deliberativo.⁶⁰⁸

Para além disso, como tratado anteriormente, a colegialidade envolve disposição para trabalhar em equipe, já que numa empreitada colegiada há o deslocamento do agir individual para o agir em grupo - como bem discutem Kornhauser e Sager.⁶⁰⁹

Se isso é verdade, obviamente que a lógica personalista e opinativa da jurisdição brasileira - e, notadamente, do STF - opõe-se à virtude da colegialidade e, por via de consequência, abre mão dos já assinalados benefícios da deliberação.

Isso porque o padrão argumentativo personalista é incompatível com o empreendimento colegiado, recaindo, conseqüentemente, naquilo que Kornhauser e Sager denominam de empreendimento redundante, isto é, numa atuação independente e não colaborativa dos membros de determinado grupo, cujas opções decisórias, respectiva e isoladamente tomadas, são meramente somadas para se chegar a um resultado final.⁶¹⁰

Em outras palavras, quando o colegiado age de acordo com o modelo de empreitada redundante, é como se cada membro do colegiado examinasse o caso isoladamente, consultasse exclusivamente seus julgamentos anteriores e, por fim, tomasse uma decisão na qual justifica suas conclusões sem levar em consideração a opinião de seus pares. Afinal de contas, o esforço coletivo redundante dispensa a deliberação e o agir colaborativo.

A ponderação dos referidos autores norte-americanos vai ao encontro do que a observadores relatam ao analisar a atuação do STF:

Uma característica presente na prática do STF é a de decidir por meio de votos que se limitam a expor o resultado e os fundamentos individuais de cada julgador. Não se percebe nos acórdãos do

⁶⁰⁸ MENDES, *Constitutional courts and deliberative democracy*, p. 129–130.

⁶⁰⁹ KORNHAUSER; SAGER, *The one and the many*, p. 3–5.

⁶¹⁰ *Ibid.*, p. 4.

Tribunal uma preocupação de proferir resultado acompanhado de razões colegiadas que o embasem. Antes, o que há são peças argumentativas individuais, com frequentes variações na fundamentação, que não costumam tratar dos mesmos pontos, especialmente quando divergem. (...) Esse personalismo manifestado na construção dos votos e na citação dos precedentes gera sério problema na formação da jurisprudência do STF. Apesar de colegiadas, as decisões tomadas pelo Plenário e por suas duas Turmas tendem a refletir a individualidade do ministro que se destacou na determinação do resultado e da sua fundamentação, o que acaba por desvalorizar o sentido coletivo da jurisprudência. (...) Mesmo sendo formadas em órgãos colegiados as decisões não se tornam propriamente coletivas.⁶¹¹

Ora, a grande constatação neste tocante é que não há sentido em falar-se em “julgamento colegiado” numa Corte Suprema, tal como o STF, quando a atuação dos integrantes do grupo é, em verdade, isolada, não colaborativa e destituída de uma visão institucional.

Como elucida Conrado Hübner Mendes, a colegialidade está claramente em desacordo com a conduta de um juiz que, apesar de estudar cuidadosamente o caso e de oferecer fundamentadas razões para decidir, não sente qualquer obrigação de interagir e comunicar com os seus pares.⁶¹²

Obviamente, neste contexto, não há espaço para a deliberação judicial, uma vez que esta pressupõe a interação comunicativa pautada na argumentação e na seriedade quanto à tomada de decisão que espelhe uma visão institucional.

Mas haveria como mudar tal quadro, de modo a deslocar um agir personalista e pautado numa racionalidade opinativa para um padrão decisório deliberativo e comprometido com uma perspectiva institucional da Corte?

Embora a colegialidade e as virtudes que lhe acompanham não possam ser instituídas procedimentalmente, a sua busca pode ser instigada, em primeiro, pela tomada de consciência a respeito da teoria normativa que subjaz o julgamento colegiado em determinado contexto;⁶¹³ em segundo, pela implantação de um arranjo procedimental que estimule e abra oportunidades

⁶¹¹ SUNDFELD; PINTO, Três desafios para melhorar a jurisdição constitucional brasileira, p. 24-25.

⁶¹² MENDES, *Constitutional courts and deliberative democracy*, p. 130.

⁶¹³ Sobre o tema, v. Cap. 5.

para deliberação; por fim, pela compreensão e valorização de uma cultura de precedentes e seu efeito de outorgar racionalidade ao sistema judicial.⁶¹⁴

4.3.4 O regime de deliberação: entre a transparência e o sigilo⁶¹⁵

Um aspecto crucial da deliberação nas Cortes estrangeiras antes estudadas, e que agora se pretende examinar à luz do procedimento decisório do STF, diz respeito ao regime de transparência da deliberação colegiada.⁶¹⁶ Embora, tal como aqui, os atos processuais sejam regidos pelo princípio da publicidade, tal postulado é excepcionado pelas Cortes estrangeiras examinadas quando o colegiado entra em reclusão para deliberar.

Em certa medida, seja pela tradição, seja por razões institucionais, a deliberação sigilosa do colegiado não é vista com desconfiança, já que não abrange todas as etapas do julgamento em si, mas apenas a fase de concepção coletiva da decisão. Invariavelmente, o resultado desta deliberação será comunicado à sociedade por meio de uma decisão devidamente motivada.⁶¹⁷ Logo, ainda que não se dê ciência ao público da discussão havida intramuros, o produto final da deliberação e seus fundamentos são oficialmente divulgados.⁶¹⁸

⁶¹⁴ Assim, explica Marinoni: “Vendo-se a decisão como fruto do sistema judicial e não como mera prestação atribuída a um juiz - singularmente considerado -, torna-se inevitável constatar que a racionalidade da decisão está ancorada no sistema e não apenas no discurso do juiz que a proferiu.” (MARINONI, Luiz Guilherme, **Precedentes obrigatórios**, São Paulo: RT, 2010, p. 123).

⁶¹⁵ O presente tópico foi estimulado pelos Professores integrantes da banca de qualificação da tese, Prof. Sérgio Cruz Arenhart, Clayton Maranhão e Daniel Mitidiero, aos quais agradeço.

⁶¹⁶ Como visto no item 3.2.7, há certa variação quanto aos participantes na deliberação, podendo limitar-se aos magistrados integrantes da Corte ou abranger outras funções presentes em cada arranjo institucional.

⁶¹⁷ V., sobre as diferenças entre a transparência quanto ao procedimento e quanto aos fundamentos da decisão deliberativa: MANSBRIDGE, Jane, A “selection model” of political representation, **Journal of Political Philosophy**, v. 17, n. 4, p. 369–398, 2009.

⁶¹⁸ Ao final deste procedimento, os julgadores “collegially produce the Court’s final product: the majority opinion of the Court (...) a written document that explains and justifies the decision in the present case involving competing parties. Done well, the Court’s opinion will be applicable to other cases as well binding on the federal district court and court of appeals judges.” (COOPER; BALL, **The United States Supreme Court: From the inside out**, p. 227)

Para além disso, outra justificativa para o sigilo da deliberação judicial decorre da dinâmica que esta assume no âmbito de cada arranjo institucional.

Ora, como constatado no capítulo antecedente, todas as Cortes estrangeiras examinadas reservam distintos momentos de seu procedimento decisório para a deliberação intrainstitucional.

Consoante percebido pelo exame do modelo continental europeu, em que pese a previsão de uma sessão de deliberação ao cabo do procedimento decisório, parte significativa da interação discursiva acontece, em verdade, de forma antecipada e fragmentada desde a designação do relator. Este, a partir daí, irá interagir com o colegiado e com outros personagens presentes em determinados arranjos institucionais, a fim de elaborar uma proposta de decisão que, ao final, seja apta a ser aceita pelo colegiado.

Portanto, a deliberação nem sempre é reservada a um momento pontual do processo decisional, mas pode se manifestar, formal e informalmente, em distintas ocasiões, encontrando na sessão de deliberação apenas o seu arremate.

Em outros casos, como sucede nos Estados Unidos, a dinâmica é inversa: a deliberação tem como ponto de partida o encontro formal do colegiado na *conference* - no qual se debate e se toma uma decisão ainda provisória sobre o caso -, mas se desenrola verdadeira e substancialmente por uma extensa fase de redação e intercâmbio de votos entre os *Justices*.

O exemplo norte-americano é bastante emblemático para a compreensão do sigilo da deliberação judicial. Mesmo com a confidencialidade da *conference*, a Suprema Corte é reputada um dos entes estatais mais transparentes dos Estados Unidos. Suas decisões originam-se de processos públicos, as partes têm a oportunidade de dirigir-se aos *Justices* formalmente por petições (*briefs*) e por ocasião da sessão de sustentação oral,⁶¹⁹ sendo vedadas quaisquer interações com a Corte destituídas de oficialidade e de publicidade. Ao cabo desse procedimento, as decisões, acompanhadas de sua

⁶¹⁹ REHNQUIST, The Supreme Court's Conference, p. 131.

fundamentação, são anunciadas oralmente pelos *Justices* e depois publicadas.⁶²⁰

Nesse contexto, prevalece a ideia de que pouco adiantaria dar publicidade aos debates havidos na *conference*, se a deliberação ali sucedida é abreviada e marcada pela provisoriedade. O desenvolvimento e conclusão da deliberação principiada neste encontro formal do colegiado dar-se-á, em verdade, na fase subsequente de deliberação por escrito,⁶²¹ que pode inclusive redundar na alteração do que fora preliminarmente decidido. É o que a doutrina norte-americana denomina de “*fluides da escolha judicial*”.⁶²²

Dando conta disso, relata o antigo presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos, William Rehnquist, que a preparação e o compartilhamento da *opinion* entre o colegiado, seguida da circulação de memorandos contendo sugestões e críticas ao texto - que pode vir a ser modificado diversas vezes -, além dos eventuais dissensos que possam surgir, envolve um procedimento complexo, que pode consumir meses de trabalho.⁶²³ Seria operacionalmente impossível e de questionável proveito outorgar publicidade a uma dinâmica deliberativa de tamanha fluidez e complexidade.⁶²⁴

Logo, tanto no modelo europeu quanto no norte-americano, a deliberação intrainstitucional não é instantânea, de sorte tal a ser captada

⁶²⁰ SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J.; BENESH, Sara C. **The Supreme Court in the American legal system**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 304.

⁶²¹ “The written memos to the conference (MTTC’s); the circulation of draft, or slip, opinions; and substantive comments written on these draft opinions by the justices are the basic communications through which the business of the Court is conducted.” (COOPER; BALL, **The United States Supreme Court: From the inside out**, p. 224)

⁶²² HOWARD, J. Woodford, On the Fluidity of Judicial Choice, **The American Political Science Review**, v. 62, n. 1, p. 43, 1968; MALTZMAN, Forrest; WAHLBECK, Paul J., Strategic Policy Considerations and Voting Fluidity on the Burger Court, **The American Political Science Review**, v. 90, n. 3, p. 581, 1996.

⁶²³ REHNQUIST, **The Supreme Court**, p. 263–266.

⁶²⁴ “The process that I have described actually may take months after a case is argued. The preparation of an opinion often requires painstaking research, drafting, and revising, and additional efforts to resolve differences among Justices to the extent this is feasible. It is this unstructured and informal process – the making of decision itself, from the first conference until it is handed down in open Court – that simply cannot take place in public.” (POWELL JR., What really goes on at the Supreme Court, p. 128).

prontamente por um observador externo. Ela flui por diferentes meios (oral e escrito) de forma continuada, até que, ao cabo deste processo, se condensa numa decisão deliberativa escrita apta a ser publicada.

Ademais, no que diz respeito especificamente ao modelo de deliberação das Cortes europeias, outra justificativa para o regime de confidencialidade da reunião do colegiado decorre do fato de que a maioria das Cortes adota o modelo de decisão *per curiam*. Vale dizer, as decisões são proferidas em nome Corte, enquanto instituição, de forma unânime e anônima. Como já se teve a oportunidade de tratar, o anonimato decorre do fato de que, conquanto haja um juiz responsável pela redação do texto, tal informação não é exposta ao público. Por força da colegialidade, a autoria da decisão é da Corte.⁶²⁵

Simultaneamente, a decisão é dita unânime, porque não se permite, como regra, a divulgação dos desacordos porventura existentes no interior da Corte. Se houve embates intramuros e, ao cabo disso, o julgamento resultou numa fragmentação do colegiado, tal circunstância não é divulgada.

Logo, a confidencialidade da deliberação tem por escopo justamente ocultar o dissenso no colegiado e exprimir certeza no que diz respeito à interpretação do direito.⁶²⁶ Consoante explicado antes, tal aspecto se explica pelo fato de que o juiz da *civil law* é tradicionalmente visto como um técnico isento, que deve aparentar exercitar despretensiosamente uma operação mecânica de subsunção da lei aos fatos, como se tratasse de uma questão de mera lógica dedutiva.⁶²⁷

Ao se negar ao público a possibilidade de conhecer aspectos da deliberação interna que, se expostos, revelariam o papel criativo da jurisdição e o caráter argumentativo do direito, procura-se, dentro de tal arranjo deliberativo, mediante a prolação de decisões - ainda que artificialmente - unânimes, aparentar uma submissão da Corte ao texto supostamente unívoco da

⁶²⁵ GARAPON, **Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário**, p. 161.

⁶²⁶ *Ibid.*, p. 152.

⁶²⁷ V. item 3.2.9

lei.⁶²⁸ Nesse cenário, o segredo da deliberação é relevante, já que seria “incongruente proporcionar o espetáculo de uma justiça que hesita, pesa os prós e contras, tergiversa e se contradiz”.⁶²⁹

Em que pese ser esta a conjuntura predominante na maioria dos países continentais europeus, pouco a pouco algumas Cortes, influenciadas especialmente pelo estilo norte-americano, passaram a conceber que dissidências venham a ser publicadas.⁶³⁰ O que se constata, porém, é que, mesmo nestas Cortes, por conta da arraigada cultura colegial de estímulo ao consenso, os votos dissidentes são usados de forma bastante moderada, sendo geralmente reservados aos casos de maior projeção político-constitucional, nos quais divergentes perspectivas são mais propensas a aflorar.

Considerando que uma das justificativas para a confidencialidade da deliberação do colegiado é justamente a proibição de exposição do dissenso, alguém poderia indagar sobre o fato de que, mesmo em Cortes que tradicionalmente permitem a prolação de votos individuais, tem sido mantida a deliberação secreta.

De acordo com o que comprovam as experiências norte-americana⁶³¹ e inglesa⁶³², ainda que os votos dissidentes e concorrentes sejam inatos ao modo colegiado de decidir na *common law*, a existência de uma etapa de deliberação secreta é vital, já que permite o franco debate e a disposição para sopesar

⁶²⁸ É o que demonstra Lasser ao examinar a bifurcação da deliberação francesa: LASSER, **Judicial deliberations: A comparative analysis of transparency and legitimacy**, p. 299–302.

⁶²⁹ GARAPON, **Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário**, p. 152.

⁶³⁰ Tal como acontece no Tribunal Constitucional Alemão e na Corte Constitucional da Espanha.

⁶³¹ “The internal deliberations of the U.S. Supreme Court were considered secret and sacrosanct for much of the nation’s history. It was widely assumed and respected that the Justices required secrecy to preserve the quality and candor of their discussions of cases. Without this secrecy, the assumption went, the caliber of deliberations, and ultimately of decisionmaking, would be diminished.” (WERMIEL, Stephen, *Using the Papers of US Supreme Court Justices: A Reflection*, **New York Law School Law Review**, v. 57, p. 499–515, 2012, p. 500).

⁶³² PATERSON, Alan, **Final judgment: the last law lords and the Supreme Court**, Oxford: Hart Publishing, 2013, p. 84–91.

criteriosamente os argumentos ventilados pelas partes, num contínuo processo de reflexão e discussão colegiada. Consoante pondera Lewis Powell Jr., antigo *Justice* da Suprema Corte norte-americana, a confidencialidade da deliberação “assegura que iremos examinar cuidadosamente a solidez de nossos argumentos”, bem como “aprimora a qualidade da deliberação.”⁶³³ William Rehnquist, ao seu turno, acrescenta que a existência deste momento específico e reservado “força cada membro da Corte a se preparar para a sessão de deliberação.”⁶³⁴

Contrariamente ao que acontece nestas Cortes, tem-se no Brasil um quadro completamente diferente, especialmente porque os arts. 5.º, LX, e 93, IX, da Constituição Federal impõem a publicidade dos atos processuais e dos julgamentos. No STF, em particular, além de públicas, as sessões de julgamento são televisionadas e disponibilizadas na internet. Além da TV Justiça, o STF dispõe da Rádio Justiça e possui páginas institucionais nas plataformas *Youtube* e *Twitter*.⁶³⁵

Parcela da doutrina brasileira reputa que os julgamentos do STF, abertos ao público e televisionados, representam um claro sinal de transparência e de *accountability* da Corte;⁶³⁶ outros, porém, mais céticos, chamam a atenção para os efeitos nocivos da deliberação num contexto de ampla publicidade.⁶³⁷

⁶³³ POWELL JR., What really goes on at the Supreme Court, p. 128.

⁶³⁴ REHNQUIST, The Supreme Court's Conference, p. 134.

⁶³⁵ Tais informações encontram-se disponíveis no website do Supremo: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=centralDoCidadaoAcessoInformacaoInstitucional>>. Acesso em: 27 jun. 2014

⁶³⁶ “Todo esse processo de construção institucional do Poder judiciário foi potencializado pela TV justiça e, em particular, pelo televisionamento das sessões do STF. A repercussão dos julgamentos desperta a cidadania e estabelece um diálogo profícuo com as demais autoridades políticas. Os ganhos em termos de transparência e legitimação das decisões têm compensado, plenamente, eventuais desgastes.”. (BINENBOJM, Gustavo. A justiça na TV. **Folha de São Paulo**, 02.05.2009, p. 3). V. ainda: BARROSO, Luís Roberto, Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 13, p. 17–32, 2009.

⁶³⁷ MENDES, Conrado Hübner; DA SILVA, Virgílio Afonso, Entre a transparência e o populismo judicial, **Folha de São Paulo**, 2009. Disponível em:

Cabe aqui avançar um pouco mais neste debate. Antes de mais nada, o primeiro questionamento a ser feito é se o que sucede no STF⁶³⁸ pode ser efetivamente reputado um encontro deliberativo, nos moldes aspirados pelas teorias deliberativas anteriormente examinadas.

Como até agora demonstrado, a crítica dirigida ao STF é no sentido de que o que transcorre em suas sessões de julgamento é, a rigor, a leitura sequencial de votos previamente concebidos pelos Ministros, seguindo um padrão *seriatim*. Melhor explicando: ao se tomar o conceito de deliberação preconizado pela teoria deliberativa - como sendo um debate reflexivo visando a tomada de decisão, que se inicia com a identificação do problema, passando para o levantamento de possíveis soluções e para a escolha ponderada da melhor alternativa -, não é difícil concluir que as sessões de julgamento do STF, via de regra, não refletem uma manifestação deliberativa propriamente dita.

Ora, deliberar é um meio para se chegar a um fim: a tomada de decisão coletiva. Delibera-se para, daí então, decidir. No STF, porém, a sessão de julgamento já é o ato final desse trajeto, paradoxalmente alcançado sem que se tenha deliberado de antemão.

Com isso, não se quer dizer que inexistam qualquer interação entre os julgadores, tampouco se defende que a deliberação judicial seja conflitante com o ideal da publicidade. Apenas adere-se à advertência de que pode haver um “mito da transparência” no STF a ser desconstruído. Como ponderam Virgílio Afonso da Silva e Conrado Hübner Mendes, pouco adianta a transmissão de seus julgamentos, se o STF lança mão de um procedimento que dificulta a compreensão de suas decisões, em grande medida pela tônica agregativa dos julgamentos - em detrimento da deliberativa - e pelo menosprezo por soluções que revelem o entendimento institucional. Desse modo, dizem os autores que:

<www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz1105200908.htm>. Acesso em: 27 dez. 2013; DA SILVA, Deciding without deliberating.

⁶³⁸ E que, em grande medida, representa um padrão seguido em outros tribunais.

se nos perguntarmos o que o STF pensa sobre várias das questões constitucionais relevantes, dificilmente alguém saberá responder com precisão, a despeito da quantidade de decisões disponíveis na internet e de julgamentos transmitidos pela televisão. Com maior frequência, o que se pode identificar nesse emaranhado de decisões, disponíveis às vezes quase em tempo real, é tão-somente a soma de 11 decisões individuais, que não têm a menor pretensão de construir uma posição institucional consistente. Ainda que a dissidência interna possa ser saudável, ela não pode implicar uma falta de compromisso com uma posição institucional.⁶³⁹

Dentro dessa reflexão, para se entender melhor o processo decisório do STF, é importante reiterar uma observação de caráter procedimental que tem expressivo impacto na deliberação da Corte. Em todos os modelos de deliberação judicial até agora examinados, constatou-se que o momento alocado para a congregação deliberativa do colegiado é procedimentalmente anterior e segmentado das demais etapas do julgamento.⁶⁴⁰

Assim, o rito deliberativo das Cortes europeias e anglo-americanas discrepa substancialmente da dinâmica decisória do STF (e dos tribunais nacionais, de um modo geral), que estabelece uma sessão única de julgamento, composta pela fusão da sustentação oral,⁶⁴¹ da exposição dos votos, do julgamento pela agregação do resultado de cada voto, seguido da imediata proclamação do resultado.⁶⁴²

Na dinâmica nacional, como os votos já foram preparados de antemão, o que é público no STF é a exposição da solução pré-concebida pelo relator e, eventualmente, pelos demais Ministros, seguida do somatório dos votos e, ao fim, da proclamação do julgamento. Do ponto de vista conceitual, não há genuinamente interação deliberativa em torno da melhor solução a ser

⁶³⁹ MENDES; DA SILVA, Entre a transparência e o populismo judicial, op. cit.

⁶⁴⁰ V. item 4.2.5, *supra*.

⁶⁴¹ Nas hipóteses em que é cabível a sustentação, conforme art. 937 do CPC.

⁶⁴² Excetuando-se obviamente as oportunidades em que o julgamento não é concluído por pedido de vista, por limitações temporais ou outro fator que conduza ao seu adiamento.

outorgada a certo caso, mas uma fase de agregação das posições individuais que se passa a portas abertas.⁶⁴³

Por isso o interesse em se investigar os fatores institucionais e procedimentais que possam contribuir para o aprimoramento do processo decisório do STF. Cabe, nessa toada, refletir tanto sobre o momento procedimental mais apropriado para a deliberação judicial, quanto sobre os efeitos que a ampla exposição pode ter sobre ela.

O tema respeitante ao momento para a deliberação judicial será melhor tratado adiante, todavia, é possível adiantar, à luz dos exemplos extraídos do direito comparado, que o estabelecimento de uma reunião preparatória de deliberação ou até mesmo de uma fase de circulação antecipada de propostas de voto para discussão sejam mecanismos aptos a incrementar o processo de tomada de decisão.

Supondo-se, portanto, que, por força de alteração regimental ou da mutação da prática vigente, venha a ser estruturada uma fase procedimental em que o colegiado, após estudado o caso e antes de redigida a decisão coletiva, agridem-se para deliberar. Com isso, passa a ser conveniente sopesar as vantagens e desvantagens de que a deliberação judicial seja aberta ao público.

Para avançar neste trajeto, algumas discussões havidas no âmbito da teoria deliberativa podem ser de grande utilidade no campo da deliberação judicial. Em particular, alguns teóricos passaram a indagar se a publicidade é sempre benéfica à deliberação e se deliberação e sigilo poderiam conviver em determinadas arenas decisórias.

Primeiramente, é preciso observar que, embora grande parte dos teóricos da democracia deliberativa sustente que a deliberação deva ser dotada de transparência e publicidade – já que isso proporcionaria a incorporação do público no processo decisório, permitiria o controle das justificativas da

⁶⁴³ Como explica Simone Chambers, aprovar ou desaprovar a posição apresentada por outra pessoa reduz a democracia à votação, o que obviamente não se confunde com deliberação. Tomando essa ideia como referência, quando um juiz vota a favor ou contra a proposta do relator, o que se tem é mera votação e não deliberação (CHAMBERS, *Behind closed doors: publicity, secrecy, and the quality of deliberation*, p. 397).

decisão e serviria a contenção do arbítrio —,⁶⁴⁴ gradativamente alguns passam a reconhecer que, em certas searas, a deliberação é mais adequada quando sucede a portas fechadas.⁶⁴⁵

Simone Chambers, por exemplo, questiona justamente os prós e contras de se isolar os deliberadores dos efeitos prejudiciais causados pela publicidade excessiva, em detrimento de se dar ampla abertura à deliberação (cujo objetivo é assegurar máxima transparência e amplo controle social).

Conquanto concorde com a visão predominante de que a transparência da deliberação carregue notórias vantagens, Chambers preocupa-se com as situações particulares em que o efeito poder ser inverso. Mais precisamente, a autora preocupa-se com surgimento, no debate público, do que denomina de “razões plebiscitárias” (*plebiscitory reasons*), isto é, argumentos pobremente arguidos, superficiais ou manipulativos, bem como aqueles artificialmente forjados para encobrir as verdadeiras razões de determinada decisão.⁶⁴⁶

O “debate plebiscitário” refere-se à demagogia, à desinformação, à retórica inflamada, à bajulação, ao uso manipulativo da palavra para agradar a audiência, ao invés de oferecer os melhores argumentos.

Embora a análise de Chambers seja voltada à deliberação na esfera pública em geral, o risco do aparecimento de “razões plebiscitárias” pode surgir também no âmbito da deliberação judicial. Ora, parece evidente a justaposição da noção de “razões plebiscitárias” com a reflexão anteriormente traçada sobre o padrão de racionalidade decisória que marca a cultura jurídica brasileira. Afinal de contas, como antes exposto, o modelo de racionalidade jurídica no Brasil muitas vezes origina “zonas de autarquia”,⁶⁴⁷ isto é, espaços institucionais onde as decisões, embora aparentemente fundamentadas, encobrem, na realidade, opções arbitrárias e personalistas do julgador, que,

⁶⁴⁴ O tema dos benefícios da deliberação foi exposto no Cap. 2.

⁶⁴⁵ Para uma apresentação do problema, v. CHAMBERS, op. cit., p. 389.

⁶⁴⁶ CHAMBERS, Behind closed doors: publicity, secrecy, and the quality of deliberation, p. 389.

⁶⁴⁷ Sobre o tema, v.: RODRIGUEZ, **Como decidem as Cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)**.

precisamente por isso, não podem ser reconstruídas racionalmente pelos jurisdicionados.⁶⁴⁸

Demais disso, a “zona de autarquia” conecta-se com a jurisdição personalista e opinativa; vale dizer, com aquela cujas decisões refletem essencialmente as razões pelas quais o juiz formou sua opinião e não uma linha de argumentação destinada a demonstrar a busca racional da melhor solução para o caso. Esse fator tem a capacidade de “retirar da esfera pública a possibilidade de debater as razões para decidir e a justificativa do desenho do Estado, tornando ambas completamente imunes ao debate racional e público.”⁶⁴⁹

Por isso mesmo é que Rodriguez levanta a hipótese de que o modo de argumentar do STF – opinativo, fundado em argumentos de autoridade e de caráter agregativo – pode ter conexão com o fato de que os debates entre os membros do colegiado são abertos ao público e travados perante uma audiência:

A função dos juízes no Brasil é dar uma opinião fundamentada diante dos casos, debatidos a portas abertas, às vezes diante de uma platéia, e não encontrar a melhor resposta para eles a partir de um raciocínio sistemático.⁶⁵⁰

A problemática, a bem da verdade, fora há muito tempo apontada por Barbosa Moreira:

Agrava-se o perigo em se tratando de processo concernente a assunto de grande relevância política (no sentido estrito da palavra), ou propício a suscitar emoções fortes, que se expressam em juízos apaixonados; ainda maior se torna quando o julgamento se realiza na presença de repórteres e - sobretudo! - de câmeras de televisão; atingirá o ápice, bem se compreende, se inundarem o recinto, ou de qualquer sorte estiverem em condições de acompanhar de perto os

⁶⁴⁸ Como visto no julgado do Tribunal Superior do Trabalho citado no item 4.3.2. Embora haja fundamentos na decisão, não há como se reconstruir racionalmente o percurso argumentativo escolhido pelo relator.

⁶⁴⁹ RODRIGUEZ, **Como decidem as Cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)**, p. 21.

⁶⁵⁰ *Ibid.*, p. 63.

trabalhos, interessados diretos ou indiretos, dos quais haja motivos para temer manifestações de aprovação ou de desaprovação, quando não intervenções mais enérgicas. Em tais circunstâncias, não é remota a probabilidade de que algum juiz, ao votar, se deixe guiar menos por aquilo que realmente pensa, na intimidade de sua consciência, do que por aquilo que, segundo lhe parece, o resto do mundo gostaria que ele pensasse.⁶⁵¹

Ainda nessa mesma linha, Marcelo Neves entende que “a transmissão ao vivo dessas sessões, na forma atual, serve menos à transparência do que à espetacularização”:

a prática institucional de votos longuíssimos lidos perante as câmeras televisivas sobrecarrega temporariamente um órgão já exposto a uma extrema pressão temporal. Não se trata de uma sessão de trabalho produtiva e eficiente, mas antes de uma boa diversão para o público.⁶⁵²

De fato, a publicidade extrema na Corte, ao invés de estimular a interação discursiva e a depuração dos melhores argumentos, pode fazer com que os julgadores passem “a aproveitar o ‘momentum’ televisivo para dirigir-se exclusivamente ao público externo, em vez de interagir entre si, no melhor espírito de uma deliberação colegiada.” Fazendo dos julgadores celebridades, há o risco que se produza “a título de uma sedutora transparência de superfície, um indesejável populismo judicial. O tribunal vende uma e entrega o outro.”⁶⁵³

Portanto, sob esse enfoque teórico, a exacerbada publicidade da sessão de julgamento agravaria uma racionalidade argumentativa personalista e, por conseguinte, traria mais prejuízos do que benefícios à dinâmica decisória.⁶⁵⁴

⁶⁵¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado, *in*: **Temas de direito processual (Sexta série)**, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 158–159.

⁶⁵² NEVES, Marcelo, A “desrazão” sem diálogo com a “razão”: teses provocatórias sobre o STF, 2009. Disponível em: <www.osconstitucionalistas.com.br/a-desrazao-sem-dialogo-com-a-razao-teses-provocatorias-sobre-o-stf>. Acesso em: 11 out. 2014.

⁶⁵³ MENDES; DA SILVA, Entre a transparência e o populismo judicial.

⁶⁵⁴ V. a respeito: MENDES, **Constitutional courts and deliberative democracy**, p. 165.

Mas o aspecto contraproducente da deliberação a portas abertas não se cinge a isso.

Estudos demonstram que a publicidade, em certos contextos, pode, paradoxalmente, enfraquecer a qualidade da deliberação, já que, de um lado, reduz a disposição dos participantes em aceitar argumentos contrários e, especialmente, porque, após exteriorizada publicamente determinada posição, o deliberador torna-se menos propenso a reconhecer a debilidade de seu ponto de vista quando confrontado com melhores argumentos.⁶⁵⁵

A hipótese parece ser confirmada pelo depoimento do antigo Presidente do STF, Ministro Cezar Peluso, que se posiciona contrariamente à transmissão televisiva das sessões de julgamento:

Provocado em certas circunstâncias reagem com a naturalidade da sua personalidade. É incontrolável. Isto cria atritos, respostas, provocações, manifestações que dão ao público a impressão de que os juízes do Supremo são um conjunto de pessoas que gostam de estar brigando toda hora. Isso não é bom. Se eu faço a mesma coisa num ambiente fechado, há outras vantagens. Eu sou capaz de ponderar o seu ponto de vista e chegar à conclusão que o senhor tem razão e dizer: “Não, o senhor tem razão, é isso mesmo. O que o senhor disse tem razão”. Mas em público, se o senhor disser para mim que eu estou errado, eu vou inventar coisa, vou defender meu ponto de vista, eu não vou em público dizer para todo mundo: “Não, olha, eu reconheço que eu estou errado. Realmente me enganei. V. Exa. tem toda razão”. Não faz isso, não faz. E se fizer é exceção. Por quê? Porque é natural, o ser humano é assim mesmo, ninguém pode modificar as pessoas. Não é o fato de ser ministro do Supremo que tira dos seus membros a condição de pessoa humana. Nós somos sujeitos a essas coisas, todos. Então não há exceção nenhuma. Porque existem essas divergências que podiam ser aparadas, resolvidas, conciliadas numa reunião fechada.⁶⁵⁶

⁶⁵⁵ MacCoun, por exemplo, argumenta no seguinte sentido: “In collective decision making, transparency is often sought by requiring decision makers to state their views publicly (rather than privately). A basic finding in social psychology is that public commitment to a position makes people more resistant to moderating their views in light of subsequent argument.” (MACCOUN, Robert J., Psychological constraints on transparency in legal and government decision making, *Swiss Political Review*, v. 12, n. 3, p. 112–123, 2006, p. 116).

⁶⁵⁶ O autor refere-se aos termos “*trial and error*”, “*tentative participation on deliberation*” e “*brainstorm*” para significar procedimentos em que um grupo discute espontaneamente com a finalidade de produzir ideias e caminhos para solver problemas. As ideias, dentro desse esquema, são submetidas de forma espontânea e sem muita preocupação com sua precisão e adequação. (SILVA, Deciding without deliberating, p. 582).

Ademais, num contexto de ampla publicidade, é reduzida a possibilidade de se testar argumentos ainda não plenamente amadurecidos ao submetê-los mais despreocupadamente ao debate colegiado. Conforme pondera Virgílio Afonso da Silva,⁶⁵⁷ sem a publicidade, os juízes podem sentir-se mais à vontade para ventilar espontaneamente argumentos para a discussão colegiada, ainda que não estejam totalmente convencidos de sua solidez e adequação ao caso.⁶⁵⁸

Por sua vez, se o encontro deliberativo é transmitido para ampla audiência (seja por meio de canais de televisão ou pela internet), é muito mais provável que os juízes apenas manifestem argumentos em relações aos quais estejam convencidos e prontos para defender acaso venham a ser desafiados por seus pares.⁶⁵⁹

A reflexão do constitucionalista a respeito do STF é mais do que oportuna, já que é realmente difícil supor que Ministros da mais alta Corte do país – cuja legitimidade está associada ao seu “notável saber jurídico” (art. 101 da Constituição Federal) e que se importam com a sua reputação pública – estejam dispostos a demonstrar incerteza e hesitação na apresentação de sua posição frente às câmeras. Como a deliberação verdadeira - que pode se beneficiar de um procedimento de livre experimentação de ideias e soluções (*brainstorm*) - implica a possibilidade de que argumentos sejam reputados menos adequados (e, assim, rejeitados), é presumível que os magistrados não queiram constranger-se publicamente em virtude da refutação de suas posições.⁶⁶⁰

⁶⁵⁷ DA SILVA, Deciding without deliberating, p. 582.

⁶⁵⁸ Virgílio A. da Silva refere-se aos termos “trial and error”, “tentative participation on deliberation” e “brainstorm” para significar procedimentos em que um grupo discute espontaneamente com a finalidade de produzir ideias e caminhos para solver problemas. As ideias, dentro desse esquema, são submetidas de forma espontânea e sem muita preocupação com sua precisão e adequação. (*Ibid.*).

⁶⁵⁹ V. a respeito BARBOSA MOREIRA, Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado, p. 159.

⁶⁶⁰ DA SILVA, Deciding without deliberating, p. 582.

Este mesmo aspecto é defendido pelo antecedente *Chief Justice* da Suprema Corte, William Rehnquist, ao afirmar que a deliberação em sigilo possibilita o intercâmbio de perspectivas que seria inibido pela publicidade e pelo constante receio de ridicularização provocado pela exposição de opiniões em público.⁶⁶¹

Em sentido semelhante vem a opinião do ex-Presidente do STF, Ministro Cezar Peluso:

Como uma coisa que em relação às sessões, do meu ponto de vista, atrapalha muito, muito. Por uma razão muito simples ligada à condição humana. Uma coisa é nós estarmos conversando aqui, trocando ideias; outra coisa é o senhor dar uma entrevista para a Rede Globo. O senhor não é capaz de falar para a Rede Globo do mesmo modo aquilo que o senhor é capaz de falar numa conversa aqui. Por quê? Porque o ser humano é assim mesmo, ele tem as suas censuras, ele sente a pressão da exposição pública da sua figura – porque é disso que se trata no fundo - e se retrai inconscientemente; isso é normal. Então o que acontece com as sessões do Supremo?⁶⁶² No Brasil é isso que o senhor conhece. A discussão em público impede ajustes de ponto de vista, impede. O senhor é capaz de citar algum...Eu não me lembro de nenhum caso específico em que o ministro do Supremo, diante de uma argumentação feita em público, disse em relação ao outro, “V. Exa. tem toda razão, eu estou enganado”. Não vi. Se houve, não registrei. Se o senhor sabe, pode me contar. Isso seria possível numa reunião privada, particular, onde se conversa entre si. “Ah, mas o povo precisa saber...” O povo precisa saber qual é a opinião da corte. E a opinião de quem diverge, ele escreve: “Não concordo com a opinião da maioria por isso, isso”, escreve, está lá no voto dele, vencido, por escrito. Assim acontece nos Estados Unidos. Então eu acho que a exposição ao público inibe algumas posições que poderiam ser tomadas e que beneficiariam a imagem da corte e fortaleceriam a eficácia pública das suas decisões. Mas uma coisa eu preciso dizer para o senhor, é irreversível, não há quem mude a transmissão do Supremo. Não há no país quem mude a transmissão, não há.⁶⁶³

⁶⁶¹ “First, it permits a remarkably candid exchange of views among the members of the Conference. This candor undoubtedly advances the purpose of the Conference in resolving the cases before it. No one feels at all inhibited by the possibility that any of this remarks will be quoted outside of the Conference Room, or that any of his remarks will or ill conceived ideas, which all of us have at times, will be later held up to public ridicule. I think this fact is generally recognized, and it is, I believe, a consideration of some importance.” (REHNQUIST, *The Supreme Court’s Conference*, p. 134).

⁶⁶² FONTAINHA; DA SILVA; ALMEIDA, **História Oral do Supremo [1988-2013]: Cezar Peluso**, p. 103.

⁶⁶³ *Ibid.*, p. 105.

Com tais considerações, parece claro que a transparência da deliberação não pode ser vista de forma absoluta. O âmbito judicial, e, particularmente, o campo de atuação das Cortes Supremas, traz à tona aspectos positivos e negativos da publicidade da deliberação, demonstrando a necessidade de submeter tal ideal a um exame mais crítico, de modo que se possam sopesar os ganhos e as perdas que esta proporciona à atividade judicante.

A rigor, na perspectiva da teoria da democracia deliberativa, a presença dos atributos da deliberação em todas as fases de um procedimento decisório é um ideal a ser perseguido. Todavia, é utópico esperar que os participantes de um encontro deliberativo exibam continuamente todas as virtudes éticas da deliberação, quer ela ocorra em sigilo ou diante de uma audiência.⁶⁶⁴ Embora, no plano ideal, todos os magistrados integrantes de uma Corte Suprema deveriam incorporar os fundamentos éticos da colegialidade, no mundo real, isso é pouco provável,⁶⁶⁵ conforme certificam os testemunhos de juízes de Cortes Supremas, bem com pesquisas em outros âmbitos decisoriais.⁶⁶⁶

⁶⁶⁴ É o que pondera Conrado Hübner Mendes: “A good deliberator is indifferent to personal recognition, incurious about how he will be publicly perceived. Publicity does not particularly favor that individual trait. In secret sessions, in fact, deliberative flaws would simply become invisible and protected against public scrutiny. However, in public sessions, authentic deliberation might not even happen in the first place. A measure of secrecy, as far as documented experience has shown, furnishes the proper institutional asepsis for deliberation to thrive. The institutional designer, therefore, must deal with the tension between publicity and secrecy. Some compromise between both might be profitably struck. Secrecy combined with future disclosure is, for Freund, the best way to do that.” (MENDES, **Constitutional courts and deliberative democracy**, p. 165–166).

⁶⁶⁵ GOODIN, Robert E., Sequencing Deliberative Moments, **Acta Política**, v. 40, n. 2, p. 182–196, 2005, p. 193.

⁶⁶⁶ V., por exemplo, o estudo de Meade e Stasavage sobre a alteração no desempenho deliberativo dos membros de um dos comitês do *Federal Reserve*, antes e depois da alteração da política de divulgação das gravações de suas reuniões. O estudo comprova que, comunicados de que as gravações passariam a ser futuramente divulgadas ao público, os integrantes do comitê passaram a conter-se consideravelmente na manifestação de opiniões divergentes de seu Presidente e, ademais, constatou-se redução na tendência de mudança de opinião ao longo da deliberação. Por isso, os autores concluem que a ampliação da transparência, no caso examinado, gerou um impacto prejudicial na qualidade da deliberação: STASAVAGE, David; MEADE, Ellen, Two effects of transparency on the quality of deliberation, **Swiss Political Science Review**, v. 12, n. 3, 2006, p. 123-133.

O que se constata é que, em certos domínios, a publicidade, ao inibir que os deliberadores alterem seu ponto de vista quanto confrontados com melhores argumentos, acaba por enfraquecer o ideal racional e reflexivo da deliberação e, por conseguinte, por menosprezar seus benefícios epistemológicos, comunitários e educativos.⁶⁶⁷

Com efeito, conforme explica Robert Goodin,⁶⁶⁸ não se pode realisticamente ter a expectativa de que os variados atributos da deliberação estejam presentes em todas as etapas do processo decisório.⁶⁶⁹

Na deliberação judicial a portas abertas (ou transmitida por meio de canais de televisão e pela internet), ganha-se no que diz respeito à transparência, mas perde-se algo em relação à profundidade da argumentação (com o risco de que as “razões plebiscitárias” e os argumentos de autoridade ganhem espaço) e na disposição dos julgadores para deliberar efetivamente.

Por sua vez, com a deliberação reservada, pode-se engrandecer a qualidade na deliberação, mas perder-se algo no que diz respeito à plena transparência. Com efeito, depara-se aqui com o paradoxo da deliberação apontado por Dryzek e Chambers, já que, nas palavras desta última, “há algo em ir a público, em abrir a deliberação para uma ampla audiência e para os meios de comunicação em massa, que tem um efeito deletério sobre a deliberação.”⁶⁷⁰

⁶⁶⁷ V., entre outros: DRYZEK, **Deliberative democracy and beyond**, p. 1; MENDES, **Constitutional courts and deliberative democracy**, p. 22 et seq.

⁶⁶⁸ GOODIN, *Sequencing Deliberative Moments*, p. 193.

⁶⁶⁹ “We often talk about the ‘glare’ of publicity or “shielding” deliberators from the public. As these metaphors suggest, there is something about going public, opening up deliberation to a broad audience and mass media, that has a deleterious effect on deliberation.” (CHAMBERS, *Behind closed doors: publicity, secrecy, and the quality of deliberation*, p. 392).

⁶⁷⁰ “This fact, although not startling or new, seems to pose a rather serious problem for theories of deliberative democracy. It appears as if the ideal of public reason pushes deliberation in two opposite directions: into the public sphere to promote the public nature of public reason but out of the public sphere to safeguard the rational component of public reason.” (CHAMBERS, *Behind closed doors: publicity, secrecy, and the quality of deliberation*, p. 392)

Se isso é verdade, a questão aqui envolve saber quando é interessante, para a boa qualidade deliberação, manter a discussão longe do público.

Mais uma vez, algumas contribuições da teoria deliberativa são de grande valia para o exame da deliberação judicial. Particularmente, Robert Goodin chama a atenção para o fato de que, embora não possamos realisticamente contar com que as virtudes deliberativas estejam constantemente presentes em todas as etapas do processo decisório, ao menos devemos esperar, numa democracia, que as diversas virtudes deliberativas façam-se visíveis ao longo das diferentes fases do processo.

Na perspectiva de Robert Goodin, tal assunção seria ideal para preservar a virtude da publicidade concomitantemente com as demais virtudes. Assim, para a qualidade da deliberação não seria absolutamente necessário que todas as fases do processo de tomada de decisão fossem abertas ao público. Seu principal argumento é o de que um procedimento deliberativo organizado, com a presença das virtudes deliberativas em diferentes etapas, conduziria a uma deliberação satisfatória.⁶⁷¹

Daí porque, mesmo numa perspectiva deliberativa, pode-se tolerar que, em nome da qualidade da deliberação, algumas etapas do processo de tomada de decisões venham a transcorrer à margem do público. John Dryzek, pensando em exemplos tal como o das Cortes Constitucionais, aponta para o difícil paradoxo que constata ao ser notar que a deliberação efetiva pode beneficiar-se de alguns momentos de sigilo (na medida em que permite que os deliberadores possam interagir e debater a questão a ser resolvida, sem ser imediatamente alvo de críticas do público). Por isso, na perspectiva de Dryzek, a publicidade pode ser ocasionalmente mitigada em dada fase do procedimento decisório, desde que protraída para outra.⁶⁷²

Portanto, à luz dessa reflexão teórica, é possível pensar nas diferentes fases do procedimento decisório perante as Cortes Superiores e avaliar em

⁶⁷¹ GOODIN, Sequencing Deliberative Moments, p. 193–194.

⁶⁷² DRYZEK, John S., Democratization as Deliberative Capacity Building, **Comparative Political Studies**, v. 42, n. 11, p. 1379–1402, 2009, p. 1385.

quais fases a deliberação pode se beneficiar de certa dose de confidencialidade.⁶⁷³

Adotando a classificação das tarefas deliberativas de uma Corte Suprema proposta por Conrado Hübner Mendes,⁶⁷⁴ parece claro que as etapas pré-decisional e pós-decisional não podem ser furtadas da adequada publicidade, ao passo que a fase decisional pode permitir que a transparência quanto ao procedimento intramuros seja mitigada em nome da maior transparência quanto aos fundamentos da decisão.

No que diz respeito a primeira destas tarefas, trata-se justamente da fase em que a Corte interage com seus interlocutores, no intuito de coletar o máximo de argumentos possíveis, ao mesmo tempo que os desafia para que os argumentos sejam aprimorados e refinados. É ainda nesta fase que, não apenas as partes, mas também a sociedade, mediante as audiências públicas e a participação dos *amici curiae*, podem publicamente deliberar com a Corte.

Como a Corte depende de seus interlocutores, tanto no que diz respeito à formulação da demanda,⁶⁷⁵ quanto em relação aos fatos e argumentos que embasarão o processo decisório, não haveria como conceber o sigilo desta fase. A extensa publicidade de tal etapa é que oportuniza a abertura da Corte para o mais amplo conjunto de ideias possíveis. Daí porque a formulação de Mendes no sentido de que a virtude ética que se espera da Corte nesta etapa é a “respeitosa curiosidade” em relação aos argumentos de seus interlocutores.⁶⁷⁶

Neste contexto, merece especial atenção a fase de sustentação oral, na qual a Corte, demonstrando estar ciente daquilo que foi até então apresentado por escrito pelos seus interlocutores, tem a oportunidade de colher novos

⁶⁷³ É o que sugere Conrado Hübner Mendes: “A measure of secrecy, as far as documented experience has shown, furnishes the proper institutional asepsis for deliberation to thrive. The institutional designer, therefore, must deal with the tension between publicity and secrecy. Some compromise between both might be profitably struck. Secrecy combined with future disclosure is, for Freund, the best way to do that.” (MENDES, **Constitutional courts and deliberative democracy**, p. 165–166).

⁶⁷⁴ V. a descrição de tais fases no item 2.4.

⁶⁷⁵ Já que, por força do princípio da inércia da jurisdição, cabe aos legitimados provocar o Poder Judiciário na busca de tutela jurisdicional

⁶⁷⁶ MENDES, **Constitutional courts and deliberative democracy**, p. 126–128.

argumentos e desafiar os já ventilados.⁶⁷⁷ Tal ato integra a etapa pré-decisional e, na perspectiva aqui sustentada, deve ser levada a efeito sob o regime de ampla publicidade. Por isso mesmo, defendeu-se antes a necessidade da reestruturação e valorização da sustentação oral, de sorte a torná-la um momento de efetiva e transparente deliberação entre a Corte e seus interlocutores.⁶⁷⁸ Para além disso, evita-se a sua disfuncionalidade e sua transmutação em audiências unilaterais de entrega de memorial.⁶⁷⁹

De nada adianta, aliás, defender a ampla publicidade do procedimento decisório (com a transmissão dos julgamentos por diferentes plataformas) e, concomitantemente, ser complacente com a existência de audiências sigilosas e despidas de oficialidade, nas quais as partes unilateralmente discutem o caso com cada ministro privativamente.

Sem dúvida alguma, por meio de uma fase oral efetiva, a Corte outorga transparência ao procedimento de tomada de decisão e faz propagar os benefícios psicológicos e educativos da deliberação, notadamente no âmbito da interpretação constitucional.

Evidência maior da necessidade de transparência nesta fase reside no fato de que, mesmo em Cortes Supremas que operam segundo o regime do sigilo da deliberação, a fase de sustentação oral (*oral hearing*) transcorre a portas abertas.⁶⁸⁰ Veja-se que, em Cortes Supremas nas quais há transmissão televisionada dos julgamentos, tal como acontece no Canadá, é a fase de sustentação oral que se expõe. Concluída tal etapa, o colegiado entra em reclusão para deliberar a portas fechadas. Nos Estados Unidos, embora as gravações e as transcrições dos *oral hearings* sejam disponibilizadas ao

⁶⁷⁷ LEFLAR, The multi-judge decisional process, p. 724; BARBOSA MOREIRA, Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado, p. 167–168.

⁶⁷⁸ A respeito dos benefícios da deliberação mais proeminentes nesta fase, v.: MENDES, **Constitutional courts and deliberative democracy**, p. 114.

⁶⁷⁹ Sobre o tema, v. item 4.2.4.

⁶⁸⁰ É o exemplo das Cortes europeias estudadas, assim como o da Suprema Corte norte-americana.

público,⁶⁸¹ setores da sociedade têm posto em discussão a necessidade da implantação de um sistema de televisionamento das arguições orais feitas perante a Suprema Corte, mas não a transmissão da deliberação intramuros.⁶⁸²

Referidos exemplos evidenciam a expectativa de transparência no processo decisório, sem, contudo, sugerir a interferência na deliberação interna do colegiado.

Daí porque, na imensa maioria das Cortes, a fase decisional - isto é, a etapa de interação colegiada - é procedimentalmente segmentada da fase pré-decisional e, mais precisamente, da sustentação oral. É na fase decisional que a Corte poderá, à luz de todas as informações e argumentos colhidos na etapa anterior, identificar o problema em jogo, isolar o conjunto de soluções aptas a tratar do problema, ponderar as vantagens e desvantagens de cada uma, para, daí então, tomar a decisão.

Se tal missão, por atribuição constitucional, compete exclusivamente ao colegiado, a interferência dos interlocutores e da sociedade nesta ocasião passa a ser de menor importância. Ademais, em face das reconhecidas desvantagens que podem comprometer a qualidade da deliberação, é razoável que tal etapa venha a se desdobrar à margem da exposição pública.

Alguém poderia criticar tal postura, sob o argumento de que uma fase decisional confidencial significaria a supressão da publicidade do processo judicial.⁶⁸³ No entanto, como expõe Jane Mansbridge, distintas categorias de transparência podem entrar em jogo em diferentes momentos. Algumas vezes, a transparência pode dizer respeito ao processo de tomada decisão

⁶⁸¹ É o que sucede, por exemplo, na Suprema Corte dos Estados Unidos, onde a fase dos “*oral arguments*” transcorre a portas abertas e as gravações do áudio de todas as sessões ocorridas a partir de 1955, com as respectivas transcrições, são disponibilizadas ao público. Cf.: <http://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_audio.aspx>

⁶⁸² Informações disponíveis em: <<http://www.opencotus.com>>. Acesso em: 11 dez. 2014.

⁶⁸³ No Brasil, em particular, além de se alegar ofensa aos arts. 5.º, LX e 93, IX, da Constituição Federal, poder-se-ia dizer a proibição de retrocesso de garantias constitucionais vedariam a mitigação da publicidade.

(*transparency in process*), ao passo que, em outros, a transparência relaciona-se aos fundamentos da decisão (*transparency in rationale*).⁶⁸⁴

É curioso notar que não se questiona a transparência dos julgamentos monocráticos. Não se protesta, por exemplo, quando o juiz deixa de proferir a sentença imediata e oralmente ao fim da audiência (art. 366 do CPC), optando, ao invés disso, por elaborá-la isoladamente em gabinete. Tampouco se exige que a dinâmica interna do gabinete seja revelada passo a passo em nome da publicidade. Conclusos os autos para sentença, não se espera que a fase intrínseca de elaboração da decisão seja marcada pela transparência, uma vez que se trata de um ato processual em relação ao qual as partes não podem mais contribuir com o juízo.⁶⁸⁵ A transparência judicial virá agora sob a forma de uma decisão satisfatoriamente fundamentada (*in rationale*), na forma do art. 489 do CPC.

No que diz respeito ao julgamento colegiado, quando a transparência do procedimento puder comprometer os propósitos maiores da deliberação, é admissível, em tese, que aquela ceda espaço temporariamente para que floresçam os benefícios da deliberação colegiada. Porém, a transparência não será suprimida. Há apenas a sua mitigação momentânea, que será diferida para a fase posterior, na qual sobressairá a transparência em relação aos fundamentos da decisão colegiada. É o que explica Mansbridge, a partir do procedimento decisório da Suprema Corte dos Estados Unidos:

Quando a transparência tem tais custos, nós devemos favorecer não a extrema *transparência no processo* (por exemplo, fazer todas as reuniões das comitês publicamente públicas), mas em vez disso a *transparência nos argumentos* - nos procedimentos, informações, razões e fatos em que se baseiam as razões. No Supremo Tribunal dos Estados Unidos, as deliberações e as negociações são secretas, mas os fatos e as razões em que se baseiam as decisões são públicas.

⁶⁸⁶

⁶⁸⁴ MANSBRIDGE, A “selection model” of political representation, p. 385–386.

⁶⁸⁵ Pressupõe-se que as partes tenham tido adequadas oportunidades nas fases anteriores do procedimento para diálogo e para trazer o máximo de elementos fáticos e probatórios.

⁶⁸⁶ “When transparency has such costs, we should favor not extreme transparency in process (for example making all committee meetings public), but instead transparency in rationale—in procedures, information, reasons, and the facts on which the reasons are

Logo, na fase pós-decisional, a transparência é recobrada. O objetivo de tal fase é a elaboração da decisão escrita, entendida como aquela que “traduz os compromissos éticos da deliberação para o texto da decisão”, que é bem fundamentada e compreensível para todos, já que carrega “o ônus de ser responsiva e inteligível para o público em geral.”⁶⁸⁷

Embora a redação da decisão judicial seja levada a efeito por meio do trabalho interno da Corte - portanto, ainda num âmbito de confidencialidade -, seu produto será obviamente publicizado, já que visa precipuamente comunicar a sociedade a respeito do resultado da deliberação colegiada e da interpretação dada ao direito. Como explica Conrado Hübner Mendes, tal decisão irá demonstrar o que interação colegiada foi apta a produzir, bem como o conjunto de argumentos que foram devidamente ponderados. Afloram aqui os benefícios comunitário, psicológico e educativo da deliberação.⁶⁸⁸

Disso tudo, resta claro que publicidade é certamente um importante atributo da deliberação, mas nem sempre pode ter a mesma proeminência nas distintas etapas do julgamento colegiado. Qualquer reflexão sobre o custo-benefício da transparência da deliberação judicial deve ser criteriosamente contextualizada à luz dos seus demais atributos e potenciais benefícios.

Dentro desta discussão, parece que o ponto fulcral da transparência no julgamento colegiado reside na sua abertura inicial e na sua fase final; vale dizer, na etapa em que a sociedade encontra canais para alimentar o debate colegiado, bem como naquela em que se compreendem os argumentos do STF atividade de interpretação constitucional.⁶⁸⁹ É crucial que os interlocutores da

based. In the Supreme Court of the United States the deliberations and the negotiations are secret, but the facts and reasons on which the decisions are based are public.” (MANSBRIDGE, A “selection model” of political representation, p. 386).

⁶⁸⁷ MENDES, O projeto de uma corte deliberativa, op. cit., p. 63-64.

⁶⁸⁸ MENDES, **Constitutional courts and deliberative democracy**, p. 136.

⁶⁸⁹ Daí porque a importância de que a fase de sustentação oral seja privilegiada e aprimorada para alcançar tal fim, notadamente em casos envolvendo temas de maior magnitude político-constitucional

Corte possam perceber sua efetiva participação no processo de tomada de decisão (o que se dá na fase pré-decisional).

Isso não significa, necessariamente, que todas as etapas do processo decisório devam ser submetidas à publicidade extrema. Pode ser conveniente que, dentro das etapas que compõem o julgamento colegiado, uma ocasião seja alocada para a deliberação interna dos julgadores, de modo a permitir o debate de maior qualidade e profundidade.

Esta perspectiva, adotada em muitas Cortes estrangeiras, não sugere, vale registrar, que sejam suprimidos ou obstruídos espaços para que os interlocutores da Corte (as partes, os *amici curiae* e a sociedade, de um modo geral) possam subsidiar o colegiado com argumentos, perspectivas e informações enriquecedoras do debate. O que se põe em discussão é a conveniência de que o trabalho do colegiado - para a compreensão, ponderação e discussão do material existente - possa ficar imune à pressão externa, à tentação de satisfazer a audiência a qualquer custo ou ao desejo individual de autopromoção.

Afinal de contas, como bem observam Virgílio Afonso da Silva e Conrado Hübner Mendes, a verdadeira transparência que se espera de uma Corte Constitucional não consiste na transmissão dos seus julgamentos, mas num procedimento decisório que toma em consideração os argumentos de seus interlocutores, que leva a efeito uma argumentação transparente, dotada de racionalidade, que possa ser desafiada pelo debate colegiado e que, em última análise, produz uma decisão institucional deliberativa (e não meramente agregativa) que revele real transparência nos fundamentos da Corte.⁶⁹⁰

Dito isso e à guisa de conclusão, uma indagação a ser respondida é a seguinte: caso inexistissem os óbices normativos dos arts. 5.º, LX, e 93, IX, da Constituição Federal - que asseveram a necessidade de que os julgamentos sejam públicos - e que se pudesse, por conseguinte, designar um momento procedimental de reclusão sigilosa da Corte, seria possível afirmar que os

⁶⁹⁰ MENDES; DA SILVA, Entre a transparência e o populismo judicial.

problemas concernentes ao julgamento colegiado no âmbito do STF estariam resolvidos? Mais precisamente, passaria a Corte, a partir de tal mudança, a invariavelmente apresentar um desempenho deliberativo substancialmente aprimorado, de modo a transmitir mais claramente o entendimento institucional (e não um agregado de posições individuais)?

Ousamos desconfiar de uma resposta positiva simplista, sem maiores ponderações. Entendemos ser difícil atribuir a responsabilidade pelo déficit deliberativo da Corte exclusivamente à extrema publicidade da sessão de julgamento.

Ao que tudo indica, a principal problemática hoje presente é a ausência da adequada deliberação antes da tomada de decisão colegiada e da redação do texto, de modo a refletir a o entendimento institucional, que pode ser explicada por outros fatores, de ordem cultural, procedimental e institucional. Seguramente, a publicidade exacerbada do julgamento no STF pode revelar um agravante do problema - ou seja, um inibidor da franca deliberação -, mas certamente não é seu exclusivo fator explicativo. Logo, ainda que se possa especular sobre seu impacto na deliberação e na qualidade da decisão, a questão permanecerá inconclusa enquanto outras variáveis não puderem ser testadas, tal como a mudança que se daria com a criação de uma sessão específica de deliberação que seja prévia à tomada de decisão, bem como a segregação do debate colegiado, que será seguida de uma fase de redação dos votos (majoritário, dissidentes e concorrentes), à semelhança do se vê na experiência estrangeira.

5. REPENSANDO A TEORIA NORMATIVA DO JULGAMENTO COLEGIADO

*“Appellate adjudication is a collegial enterprise, in which agency of performance lies with the court, not with the judges as individuals. It is the decisions and opinions of courts, not of individual judges, that have authority - authority over both immediate controversies and future judicial deliberations”*⁶⁹¹

5.1 Introdução

Conforme evidenciado até aqui, a dinâmica decisória pode ser explicada por fatores institucionais, tais como as regras e práticas existentes em determinada Corte.

Constatou-se, por exemplo, que a estrutura da decisão adotada no modelo continental europeu (tomada *per curiam* e, em regra, sem a divulgação de votos dissidentes), somado ao papel desempenhado pelo relator e à inexistência de redesignação de um novo redator do acórdão nas hipóteses em que relator for vencido na deliberação colegiada, impacta substancialmente na dinâmica deliberativa. Como constatado, deliberar intensivamente acaba sendo uma exigência natural.⁶⁹²

Por outro lado, assim como a estrutura da decisão gera reflexos na deliberação, esta igualmente traz impactos no conteúdo da decisão. Na medida em que a atividade deliberativa é orientada pelo ideal consensual, é natural a exigência de se acomodar na fase redacional preferências nem sempre harmônicas, trazendo maior opacidade e ambiguidade à decisão. O impacto disso na técnica de precedentes é notório: quando a Corte pronuncia-se em uma só voz, torna-se, de um lado, mais simples a identificação da *ratio decidendi*;

⁶⁹¹ KORNHAUSER; SAGER, The one and the many, p. 56.

⁶⁹² MENDES, *Constitutional courts and deliberative democracy*, 2013.

de outro lado, a necessidade de amplo consenso do colegiado sobre o texto pode gerar decisões mais imprecisas e abstratas.

O modelo norte-americano, e em particular de sua Suprema Corte, ao operar a partir da formação de uma posição majoritária (*opinion of the court*), conjugada à permissão da prolação de votos individuais (dissidentes e concorrentes), mantém um equilíbrio - nem sempre constante – entre, de um lado, deliberação e colegialidade; agregação e individualismo, de outro. No campo dos precedentes, o maior impacto é observado quando a Corte exhibe intenso fracionamento, a ponto de que, em situações extremas, nenhuma das posições surgidas da deliberação alcance adesão majoritária e, portanto, consiga constituir uma *ratio decidendi*.⁶⁹³

É perceptível, a partir do exame de direito comparado levado a efeito no capítulo 3, a clara relação entre a deliberação judicial e a estrutura da decisão dominante em determinado arranjo institucional. Logo, um aspecto não pode ser adequadamente compreendido de forma dissociada do outro.

Por isso, após terem sido analisadas certas particularidades da deliberação no STF, cabe agora compreender a interconexão entre tais aspectos institucionais e a decisão colegiada. O objetivo passa a ser o de entender como a estrutura e o estilo da decisão colegiada do STF determina a deliberação judicial e vice-versa.

5.2 A relação entre a estrutura da decisão e as práticas deliberativas

O estilo e a estrutura da decisão tem significativo impacto na forma como a deliberação irá se desencadear. Não apenas a maneira como os julgamentos são estruturados, mas igualmente a forma como as decisões passam pela fase de redação colegiada, traz repercussões em seu conteúdo. Da mesma sorte, como explica Michele Taruffo, o estilo das decisões gera reflexos no seu uso enquanto precedentes.⁶⁹⁴

⁶⁹³ V. Cap. 3

⁶⁹⁴ TARUFFO, Institutional factors influencing precedents, p. 448.

Antes de se inquirir como se estrutura a decisão colegiada no STF, é importante recapitular brevemente os modelos decisórios até agora examinados.

Num extremo da classificação, encontra-se o modelo de decisão *per curiam*, no qual o pronunciamento judicial é feito institucionalmente pela Corte, sem que haja a exibição das posições individuais dos membros do colegiado. Como constatado, a função do relator neste paradigma é, desde o início do procedimento, redigir uma proposta que, da forma mais fidedigna possível, represente a vontade da Corte.⁶⁹⁵

Quanto se indaga se o juiz que decide numa Corte colegiada deve agir do mesmo modo que decidiria sozinho, a teoria normativa implícita ao julgamento colegiado na prática *per curiam* responde negativamente. Como, de regra, a decisão é obrigatoriamente unânime e proferida em nome da Corte (logo, sem a identificação do redator da decisão), não existe espaço para o agir isolado dos membros do colegiado. Isso exige profunda colegialidade e deliberação, a fim de que se alcance consenso sobre a melhor opção decisória. Ademais, como todo o colegiado deve consentir tanto com os fundamentos quanto com o resultado, a deliberação abrange a integralidade do *decisum*.

Noutro extremo, há o tradicional modelo inglês de decisão *seriatim*, segundo o qual os votos de cada magistrado são proferidos individualmente, um após o outro, e, geralmente, sem que haja deliberação prévia do colegiado a respeito do caso.⁶⁹⁶ Devido a isso, a decisão constitui-se da agregação dos entendimentos individuais de cada magistrado, segundo a lógica da empreitada redundante.⁶⁹⁷ Não há, a rigor, relator, tampouco redator da decisão colegiada, haja vista que todos os julgadores são responsáveis por preparar e apresentar sua solução para o caso separadamente.

⁶⁹⁵ Viu-se que este é o modelo preponderante na Europa, embora sofra atenuações em determinadas jurisdições que permitem a divulgação de votos dissidentes, tal como na Alemanha e Espanha.

⁶⁹⁶ GINSBURG, Remarks on writing separately, p. 134–135.

⁶⁹⁷ KORNHAUSER; SAGER, The one and the many, p. 12–13.

Para a mesma pergunta antes formulada, a teoria normativa subjacente ao julgamento colegiado *seriatim* responde de forma totalmente oposta à prática *per curiam*, afirmando positivamente que, sim, decidir numa Corte colegiada é exatamente o mesmo do que decidir isoladamente. Cada juiz examina, reflete sobre o caso e prepara seu voto em reclusão. Não decide, portanto, em nome da Corte, mas em seu nome.

Entre tais extremos, situa-se o modelo norte-americano, fundado na vontade majoritária, que formará a *court opinion*. Justamente para isso é que se presta a deliberação colegiada levada a efeito na sessão reservada (*conference*): identificar a posição majoritária e designar aquele que redigirá o entendimento sufragado pela maioria.⁶⁹⁸ Ao mesmo tempo, permite-se que votos concorrentes ou dissidentes sejam proferidos.⁶⁹⁹ Com efeito, a função do *Justice* redator da *opinion of the court* é escrever uma proposta que represente a vontade majoritária da Corte, ao passo que à minoria cabe expressar o dissenso.

Ao se questionar se o juiz de uma Corte deve decidir do mesmo modo que decidiria sozinho, a teoria normativa do julgamento colegiado subjacente à prática decisória majoritária responde negativamente, uma vez que a decisão da maioria representa a vontade institucional da Corte e firma um precedente. Ademais, embora a minoria possa expressar o dissenso (inclusive individualmente), ainda assim a liberdade está longe de ser plena, eis que o voto dissidente deve estar em confronto dialético com a posição majoritária.

No STF, a dinâmica atual consiste numa variação do modelo *seriatim*.

Primeiramente, tal como acontece no modelo europeu, há a designação de um relator. Mas a coincidência acaba por aí, já que o relator brasileiro não é incumbido de redigir o entendimento da Corte, tampouco a opção decisória da maioria, pelo singelo fato de que ele não tem ciência de qual é a posição de seus pares no momento em que inicia a elaboração de sua proposta.

⁶⁹⁸ Conquanto tal entendimento seja provisório e, portanto, passível de mudanças no decorrer da fase de redacional

⁶⁹⁹ V. item 3.3.6, *supra*.

Mais do que isso, o relator não é incentivado a deliberar com seus pares antes da sessão de julgamento, a fim de conferir e assegurar, de antemão, se sua proposta representará a vontade do colegiado ou ao menos a da maioria e, portanto, virá a ser acolhida pelos seus pares.

Essa ausência de incentivo à deliberação decorre em grande medida da teoria normativa que se encontra à base do julgamento colegiado *seriatim* (conforme será tratado no tópico a seguir), que, em suma, não exige que atuação do juiz de uma Corte colegiada difira da conduta de um juiz que atue monocraticamente.

E tal base teórica - ou a falta de consciência sobre ela - traz consequências estruturais para o procedimento do julgamento colegiado.

Primeiramente, isso explica a inexistência de uma fase procedimental destinada à deliberação colegiada que seja anterior à redação de votos.⁷⁰⁰ Conforme já tratado, a redação da minuta da decisão é conduzida isoladamente pelo relator, que a levará pronta para a sessão de julgamento, quando então dará ciência aos demais acerca de seu entendimento.

Em segundo lugar, o desestímulo à deliberação deriva ainda da adoção do regime de votação por maioria absoluta atrelado à regra processual de redesignação de um “redator” para o acórdão pelo presidente do colegiado nas hipóteses em que o relator restar vencido.⁷⁰¹

Um relevante diferencial em relação ao julgamento colegiado das Cortes estrangeiras estudadas, é que na sistemática processual nacional, acaso o relator resulte vencido, isto não lhe causa qualquer revés, para além do mero fato de seu entendimento não ter preponderado. Não terá ele, por exemplo, o encargo de reescrever uma decisão que reflita o entendimento institucional. Destarte, vencido o relator, o Presidente designará um redator para o acórdão.

É o que estabelece o art. 941 do CPC:

⁷⁰⁰ Note-se que o art. 931 do CPC diz que “Distribuídos, os autos serão imediatamente conclusos ao relator, que, em 30 (trinta) dias, depois de elaborar o voto, restitui-los-á, com relatório, à secretaria.”

⁷⁰¹ Na prática, denominado “relator para o acórdão”.

Art. 941. Proferidos os votos, o presidente anunciará o resultado do julgamento, designando para redigir o acórdão o relator ou, se vencido este, o autor do primeiro voto vencedor.

Outrossim, é o que consta nos § 3º e § 4º do art. 135 do Regimento Interno do STF:

Art. 135. Concluído o debate oral, o Presidente tomará os votos do Relator, do Revisor, se houver, e dos outros Ministros, na ordem inversa de antiguidade.

(...)

§ 3º. Se o Relator for vencido, ficará designado o Revisor para redigir o acórdão.

§ 4º. Se não houver Revisor, ou se este também ficar vencido, designar-se-á para redigir o acórdão o Ministro que houver proferido o primeiro voto prevalecente, ressalvado o disposto no art. 324, § 3º, deste Regimento.

Tal aspecto é de crucial importância para a compreensão da dinâmica decisória do STF, uma vez que o relator, a rigor, não é estimulado pelas normas processuais e regimentais a elaborar uma decisão que busque espelhar o entendimento colegiado. Basta redigir uma proposta que lhe pareça pessoalmente convincente e submetê-la à votação colegiada. Se, porventura, seu entendimento não vier a preponderar, o encargo da redação da decisão colegiada é transmitido a outro julgador. Nesse cenário, não se impõe ao relator o ônus de refazer a decisão em consonância com o entendimento do colegiado, o que reverbera uma orientação claramente individualista.⁷⁰² Não se tem, portanto, a dimensão de uma missão institucional da Corte, que sobrepujaria as preferências e opiniões individuais.

Distintivamente, no modelo continental europeu, se o relator tem sua proposta rejeitada pelo colegiado, terá, de regra, que reescrever a decisão em harmonia com o entendimento que prevaleceu na deliberação colegiada. Logo, o risco de retrabalho configura um significativo incentivo à deliberação ainda no curso da preparação da proposta de decisão.⁷⁰³

⁷⁰² V. a respeito: RODRIGUEZ, **Como decidem as Cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)**.

⁷⁰³ Por isso, a previsão de reuniões preparatórias antes da sessão de deliberação.

Na Suprema Corte norte-americana, por sua vez, a figura do redator surge apenas com o encerramento da deliberação colegiada. A ele é atribuída precisamente a missão de compor um projeto de decisão que represente a vontade majoritária (*court opinion*) - que, em última análise, é a vontade institucional -; e não a sua visão particular.⁷⁰⁴ O redator sabe que terá fracassado quando, ao circular seu voto, constatar que não foi hábil o bastante para manter a adesão daqueles que formaram a coalizão majoritária na *conference*. Portanto, o incentivo do redator da *opinion* é, no mínimo, o de manter a coalização majoritária, quando não o de cooptar mais votos.

No STF, o incentivo à deliberação é ínfimo - se não inexistente. Ora, o relator não carrega o dever de deliberar com seus pares antes de compor o seu voto devido à já registrada ausência de uma fase procedimental para tanto; não tem tampouco a obrigação de buscar a unanimidade, já que o regime de votação por maioria lhe desonera de tal encargo; por derradeiro, não precisa sequer empenhar-se em obter a aprovação da maioria de seus pares ao seu projeto de decisão, dado que, caso reste vencido, não suportará qualquer ônus.

Destarte, no âmbito decisório brasileiro, pelo simples fato de que desconhece o entendimento dos demais membros do colegiado, o relator não representa a vontade da Corte, tampouco a posição majoritária.

Sua função, a bem da verdade, é redigir um voto que expresse a sua vontade. Ou seja, um texto que demonstre, de forma motivada, as razões pelas quais ficou convencido a respeito de determinada solução.

Na sessão de julgamento é que os demais tomarão ciência da sua proposta, bem como exporão as suas posições individuais. Pode acontecer - e, com efeito, na maioria das vezes é o que sucede - que a maioria ou até mesmo todo o colegiado adira à posição do relator, formando, respectivamente, uma decisão majoritária ou unânime.

Todavia, de acordo com o antes exposto, como não há deliberação antecipada, frequentemente as maiorias ou as unanimidades são meramente

⁷⁰⁴ Embora sua visão pessoal, em alguma medida, deva coincidir com a vontade majoritária, uma vez que o redator é escolhido dentre os *Justices* pertencentes à maioria.

circunstanciais e - mais grave ainda - negligentes em relação à diversidade de argumentos que poderiam ter sido sopesados para a construção da decisão. Portanto, embora, para quem examina o dispositivo do acórdão, a Corte aparente coesão decisória, tal fato, na realidade, não provém necessariamente do esforço colegiado dirigido à edificação de uma argumentação racional e unívoca apta a formar a *ratio decidendi*.⁷⁰⁵

Isso tudo é agravado pelo modelo *seriatim*, no qual os pronunciamentos de cada magistrado são divulgados ao público. No STF, em particular, cada magistrado não apenas pode manifestar seu entendimento oralmente, como ainda ler seu voto - caso tenha elaborado um antecipadamente ou após o pedido de vista. Em ambas as hipóteses, terá seu voto anexado ao texto do acórdão. Por isso, a crítica no sentido de que a sessão de julgamento é muito mais uma sessão de leitura serial dos votos.⁷⁰⁶

As decisões têm, portanto, identificada sua autoria - já que informam o magistrado responsável pela redação do texto -,⁷⁰⁷ bem como os votos de todos os Ministros. Ao mesmo tempo, não há, dentro desse modelo decisório, qualquer obrigação de se chegar a um consenso.

A grande problemática, como bem expõe o Conrado Hübner Mendes, está na decisão *seriatim* não deliberativa, tal como sucede no STF, uma vez que esta exprime a carência de esforço colegiado e a “indolência institucional”:

Uma *seriatim* não deliberativa pode simbolizar não somente a falha, mas, provavelmente, a simples ausência de algum esforço de convergência que deve permear a interação colegiada. Mesmo que antecedida por alguma troca informacional, que é requisito de qualquer agregação de voto (afinal, essa agregação precisa alcançar uma solução para o caso concreto), tal comunicação permanece aquém do parâmetro normativo de interação colegiada brevemente delineado acima. Ela deixa a instituição à sobra dos seus membros individuais, que, por isso mesmo, tendem a se tornar personalidades públicas, a ser percebidos pelo que pensam individualmente, não pelo que são capazes de produzir em conjunto, quando interagem

⁷⁰⁵ Conforme tratado no item 4.2.3.

⁷⁰⁶ DA SILVA, Deciding without deliberating.

⁷⁰⁷ Que será o relator, a menos quando este venha a ser vencido, nos termos dos arts. 93 e 96 do Regimento Interno do STF.

num foro colegiado. Essa indolência institucional é problemática, porque indica o descaso com qualquer promessa da deliberação (mesmo que cada opinião individual tente argumentar da melhor maneira possível). Ao abrir mão de deliberar, o tribunal trivializa o significado de seu caráter colegiado, se não a própria dignidade dos dilemas constitucionais.⁷⁰⁸

Daí se constata que a estrutura *seriatim* da decisão adotada no STF, conjugado ao papel desempenhado pelo relator e à ausência de interação colegiada têm forte repercussão na deliberação. Ademais, no Brasil, o culto à vontade individual é exacerbadamente potencializado pela ausência de uma perspectiva institucional. Deliberar não é uma exigência, quer cultural, quer de ordem institucional.

5.3 A relação entre as práticas deliberativas e a estrutura da decisão

Por sua vez, assim como a estrutura da decisão gera reflexos na deliberação colegiada, esta igualmente repercute no conteúdo da decisão.

Sem dúvida alguma, no STF, a mais proeminente e impactante característica do julgamento colegiado é o anacronismo da sessão de julgamento. Vale dizer, a inversão da fase de deliberação em relação à etapa de redação da decisão colegiada. Nos sistemas estrangeiros antes examinados, delibera-se para, daí então, se redigir a decisão colegiada ou, quando menos, delibera-se simultaneamente à fase de redação, de modo fluído e fracionado.⁷⁰⁹

Evidência disso é que, consoante prescreve o art. 931 do CPC, com a distribuição, “os autos serão imediatamente conclusos ao relator, que, em 30 (trinta) dias, depois de *elaborar o voto*, restitui-los-á, com relatório, à secretaria.” Isso significa que a própria norma processual preconiza a redação individual do voto antes da deliberação colegiada.

⁷⁰⁸ MENDES, Conrado Hübner, O projeto de uma Corte deliberativa, *in*: VOJVODIC, Adriana de Moraes *et al* (Orgs.), **Jurisdição Constitucional no Brasil**, São Paulo: Malheiros, 2012, p. 66.

⁷⁰⁹ Os exemplos são tratados no Cap. 3.

Logo, mediante essa técnica decisória, a justificativa individual escrita precede à discussão. Seguramente não se dúvida que aquele que justifica antecipadamente uma decisão pode ser persuadido a alterar seu entendimento no curso da deliberação colegiada. Contudo, como tratado no tópico anterior, quando os julgadores justificam de antemão por escrito suas posições e num ambiente de exposição pública extrema, não é difícil constatar a carência de atmosfera propícia a um diálogo fecundo.

Ora, a tradição dos julgamentos colegiados que perfilham essa forma de votação mostra que a prévia justificativa escrita é um sinal de aversão à deliberação. A bem da verdade, o problema não reside em saber se o relator pode ser persuadido a alterar o seu entendimento, mas de perceber que a antecipação escrita da decisão e da justificativa dificulta a abertura ao debate. É lícito afirmar, nessa ordem de ideias, que justificar por escrito antes de discutir é uma demonstração de desprezo aos benefícios deliberativos antes tratados.⁷¹⁰

Da mesma sorte, no arranjo institucional do STF, não há interação do colegiado na fase redacional, em oposição ao que se vê no modelo deliberativo continental europeu e no norte-americano. Recorde-se que, em ambos exemplos estrangeiros, o colegiado influencia, ainda que em diferentes intensidades, a elaboração da decisão colegiada. No âmbito do modelo continental europeu - e a Corte Constitucional Italiana é um interessante exemplo - o colegiado delibera sobre o texto elaborado pelo redator designado, revendo-o página por página.⁷¹¹

O quadro é significativamente diverso no Brasil. A falta de interatividade no processo de construção do texto da decisão é marcante e pode acarretar ao menos dois resultados primordiais, que, por se confundirem com a reflexão apresentada no item 4.2.3, é ora resumida.

⁷¹⁰ V. Cap. 2.

⁷¹¹ “Once a decision is reached, an opinion is drafted by a member of the Court, nominated by the President. The draft is then discussed and approved at a subsequent meeting of the Court in chambers and, finally, is signed by the President and all of the judges as the decision of the Court.” (PIZZORUSSO; VIGORITI; CERTOMA, *The constitutional review of legislation in Italy*, p. 520).

Primeiramente, pode advir que todos os julgadores acompanhem a proposta lida pelo relator na sessão de julgamento, seja porque sinceramente acreditam que esta é a melhor opção para dado problema, seja porque a sobrecarga de trabalho não lhes permitiu maiores reflexões.

Em qualquer das hipóteses, porém, não há tempo hábil para a reflexão do colegiado, o que, especialmente em casos de maior complexidade, debilita a possibilidade de um debate cooperativo entre os integrantes da Corte. Por força disso, recai-se aqui no já denunciado risco de que a decisão colegiada, embora sob o rótulo de “unânime”, expresse, em verdade, a opinião pessoal do relator. Com efeito, tal aparente unanimidade pouco elucida, na medida em que não traduz o entendimento institucional da Corte.⁷¹²

Exemplo emblemático, em especial, das manifestações “sem declaração de voto”, ou seja, daqueles casos em que a posição de julgador é registrada na ata do julgamento, sem que um texto formal exista no acórdão. Apenas se sabe que determinado Ministro aderiu à manifestação de alguém que lhe antecedeu, mas não o conteúdo de seu pronunciamento. Presume-se, pois, que os Ministros que se manifestam sem declarar voto tenham apenas acompanhado o relator ou a divergência, sem nada acrescentar em termos de conteúdo.

Em segundo lugar, se vários Ministros se manifestarem “com declaração de voto” (seja ele escrito ou transcrito no texto que comporá o acórdão), um caos é provocado pela agregação dos votos individuais, sem que se saiba precisamente, ao final da deliberação, quais os fundamentos perfilharam o voto de cada Ministro.⁷¹³

Nessa hipótese, as possibilidades são variadas.

Muitas vezes, as manifestações com declaração de voto prestam-se para dizer, com diferentes palavras, algo muito semelhante ao que relator já decidiu. Isso significa que, não raro, o que se faz é dizer mais do mesmo. Tal

⁷¹² Para uma crítica à unimidade sem qualidade, v. SCALIA, *The dissenting opinion*, p. 41.

⁷¹³ V., por exemplo, o acórdão resultante do julgamento da ADI 3819, que soma 153 páginas. (STF, ADI 3819, Plenário, rel. Min. Eros Grau, j. 20.10.2007, DJe 23.07.2008)

agir redundante seria dispensável em nome de uma maior racionalidade, mormente para uma Corte sobrecarregada pelo imenso volume de processos. No entanto, não há que se criticar os Ministros por tal postura, já que se trata de uma consequência natural da dinâmica vigente de decidir antes de deliberar. Como os Ministros não sabem em que sentido seus pares votarão, ao redigirem seus votos desconhecem a justaposição em relação a outros votos.

Em outras hipóteses, porém, a manifestação com declaração de voto vem para concordar com o resultado proposto pelo relator, mas apresenta fundamentação diversa, à semelhança do voto concorrente no direito norte-americano,⁷¹⁴ embora não seja assim designado.

Por fim, há a possibilidade de que voto seja dissidente, recusando tanto a fundamentação quanto ao resultado majoritário.

Nada obstante isso, pela prática vigente, cada voto será classificado, a partir da identificação de seu dispositivo (e não a sua fundamentação), como acompanhando ou divergindo do resultado proposto pelo voto do relator.⁷¹⁵

Ao cabo disso, de acordo com as regras regimentais, todos os votos – com declaração ou não – serão simplesmente transcritos e aglutinados num único documento, sem qualquer preocupação que se elabore um texto sintetizando o resultado da interação colegiada.

A conclusão disso tudo, como bem elucida José Rodrigo Rodriguez, é que não se tem uma fase redacional voltada à criação colaborativa e coletiva de um texto ordenado e articulado a partir de argumentos racionais, mas o mero registro dos debates ocorridos na sessão de julgamento:

Por esta razão, os julgados escritos publicados pelos tribunais são o registro cronológico e textual dos debates ocorridos e não um texto coerente, redigido de forma ordenada, que tenha como objetivo articular argumentos dogmáticos de forma clara, tendo em vista seu papel na criação de jurisprudência e na legitimação racional do direito. Este ponto é importante para nossa análise: o julgamento no

⁷¹⁴ Mais especificamente, cuida-se aqui do voto concorrente quanto ao resultado (concurring in judgment ou especial concurrence).

⁷¹⁵ MENDES, O projeto de uma Corte deliberativa, p. 70.

Brasil não tem como objetivo produzir um texto, que é mero efeito colateral dele.

Portanto, a dinâmica *seriatim* da sessão de julgamento gerará uma decisão sob a forma de uma “colcha de retalhos”.⁷¹⁶

Ademais, na medida em que há a carência de uma atividade deliberativa orientada pelo ideal consensual - ou seja, pelo objetivo maior de chegar a uma solução institucional que atraia o consentimento do colegiado -, não se tem, conseqüentemente, o estímulo para se acomodar na fase redacional preferências, nem sempre harmônicas, num texto único e coerente.

Justamente pela ausência de deliberação colegiada precipuamente à fase redacional, é que se estimula, ainda que não propositalmente, uma atuação mais individualista dos Ministros. Cada membro do colegiado tem consciência de que, muito provavelmente, não irá à sessão de julgamento a fim de discutir potenciais soluções para um problema submetido à prudente deliberação da Corte, mas, bem ao contrário, para manifestar seu acordo ou desacordo com a posição do relator, segundo a lógica binária do tudo ou nada; do “acompanho” ou “divirjo”.

É bem verdade, conforme se observou em tópico próprio,⁷¹⁷ que nem sempre há mera adesão sem declaração de voto. Em casos mais polêmicos, cada Ministro pode examinar mais de forma mais aprofundada a questão e elaborar um voto escrito. Contudo, de um modo ou de outro, a posição é formada isoladamente.

Isso acaba marcando uma fase redacional pouco interativa, ainda que capitaneada pelo relator.

Na medida em que o colegiado não pode influenciar verdadeiramente a fase redacional, porquanto o texto do relator não é submetido à deliberação, somando ao fato de que cada um dos julgadores pode pronunciar sua opinião -

⁷¹⁶ Expressão usada por Conrado Hübner Mendes, v.: MENDES, O projeto de uma Corte deliberativa.

⁷¹⁷ V. item 4.2.3.

seja mediante a anexação de votos escritos, seja mediante a declaração de voto na sessão de julgamento -, a deliberação resulta severamente inibida.

É este o maior ponto de crítica destinada à decisão *seriatim*.

Ao permitir que cada julgador tenha sua vontade individual registrada no texto da decisão sem que seja previamente submetida ao filtro deliberativo, pouco se contribui para a fortificação de certos atributos que compõe o princípio do Estado de Direito, tal como a certeza, a previsibilidade e clareza. O impacto disso na técnica de precedentes é idêntico. Quando a Corte pronuncia-se a partir do modelo *seriatim* não deliberativo, geralmente torna-se mais complexa - se não impossível - a identificação da *ratio decidendi* dos julgados.⁷¹⁸

Com isso, o STF carrega resquícios de uma Corte de correção, que se preocupa muito mais com a solução do caso concreto, do que com a constituição de razões generalizáveis que orientarão casos futuros.

Ademais, na medida em que o julgamento enfatiza ao extremo a opinião pessoal de cada julgador, descuida-se, por conseguinte, do raciocínio decisório do colegiado.⁷¹⁹ Este perfil pouco colaborativo, conjugado à liberdade outorgada pelo modelo *seriatim*, é agravado pelo risco de que, diante da exposição potencializada pela transmissão dos julgamentos, os Ministros procurem muito mais enfatizar a sua personalidade, consignando publicamente sua opinião, do que propriamente convergir forças no empreendimento colegiado.⁷²⁰

Deste exame, resta evidente uma conclusão: deliberar antes de decidir é uma exigência de menor importância no arranjo institucional do STF, pois os julgadores não são incentivados, cultural ou procedimentalmente, a refrear suas posições individuais em nome da colegialidade.

⁷¹⁸ MENDES, O projeto de uma Corte deliberativa, p. 66.

⁷¹⁹ MARINONI, **Julgamento nas Cortes Supremas: Precedente e decisão do recurso diante do novo CPC**.

⁷²⁰ V. a crítica de Ferejohn e Pasquino ao modo de agir da Suprema Corte dos Estados Unidos, muitas vezes orientado a uma audiência externa: FEREJOHN; PASQUINO, Constitutional adjudication.

5.4 A valorização institucional e a lógica majoritária

Discutiu-se até agora as deficiências do julgamento colegiado no STF (decorrentes do procedimento, de práticas ou da racionalidade vigente).

A reflexão levada a efeito no item anterior tocou o tema de que parcela dos problemas apresentados no STF decorre, em grande medida, do fato de que o ambiente acadêmico nacional se recente de reflexão mais ponderada a respeito da teoria normativa subjacente ao julgamento colegiado.⁷²¹

No Brasil, a teoria subjacente ao julgamento colegiado - baseada no modelo *seriatim* - ainda pensa no agir do juiz integrante de uma Corte como se tratasse do agir de um magistrado que atua monocraticamente.

Com isso, não se faz qualquer expectativa normativa de que o membro de um colegiado julgue diversamente do modo que julgaria caso estivesse a decidir isoladamente.

Isso é especialmente marcante no Brasil, pelas razões já tratadas, embora não se possa generalizar. Os juízes não se comunicam previamente e preparam-se para o julgamento da Corte separadamente. Justificam suas decisões segundo sua visão particular. Levantam argumentos que têm significado para si, mas que muitas vezes deixam muito a desejar do ponto de vista da universalidade e da racionalidade.

Não bastasse isso, redigem a justificativa de suas decisões individualmente, fazendo com que a decisão colegiada escrita produza um mosaico de posições individuais - às vezes circunstancialmente harmônicas, outras tantas vezes dispersas e conflitantes -, mas que são postas à força no mesmo documento, na esperança, quiçá, de que seu rótulo - o de “acórdão” - seja poderoso o bastante para converter as múltiplas e aglutinadas vozes num só discurso institucional, compreensível e coerente.

A realidade, no entanto, contradiz tal expectativa.

⁷²¹ Sobre o tema, ver: KORNHAUSER; SAGER, *The one and the many*, p. 12-13.; KORNHAUSER, Lewis A. *Deciding Together*. **NYU School of Law, Public Law Research Paper**, n. 13-65, p. 13-37, 2013.

A teoria do julgamento colegiado fundada na dinâmica *seriatim* é tão arraigada na consciência jurídica brasileira que pouco se dá conta de suas implicações. Aceita-se, assim, comportamentos claramente irracionais das Cortes do ponto de vista da motivação. Sintoma disso é que até hoje se entende ser fundamentada aquela decisão colegiada que apresenta qualquer forma de motivação, ainda que seja a motivação dada por um único membro do colegiado, em seu nome e segundo suas convicções pessoais. Vale dizer, uma motivação que representa a opinião particular de um membro do colegiado e não o entendimento da Corte enquanto instituição.

Por isso mesmo, casos como o antes referido - em que uma decisão a respeito da igualdade entre homens e mulheres para fins de percepção de benefícios trabalhistas fundou-se numa teoria bastante particular, de caráter religioso, que nada tem de universal -, são reputados devidamente motivados.

Do mesmo modo, entende-se como motivada a decisão colegiada que contempla diversas e conflitantes fundamentações agregadas a um mesmo documento. Como a decisão reflete o aglomerado de posicionamentos pessoais de cada Ministro, cada um com sua *ratio decidendi* individual, a modificação da composição do tribunal conduz à modificação dos entendimentos anteriormente estabelecidos. Tudo isso faz com que a sorte do julgamento colegiado seja relegada à aleatoriedade e à configuração da Corte em determinado momento histórico.⁷²²

Não se compreende, nesta perspectiva, a diferença, entre o objetivo da instituição e o objetivo particular dos integrantes dessa instituição.

Com isso, não se preocupa com a missão institucional do Tribunal, já que não se percebe que decisões de Cortes colegiadas devem ser decisões institucionais (e, portanto, supraindividuais). Logo, não se vê problema em que a preferência individual sobreponha-se à vontade institucional.

⁷²² E aí vem bem a calhar a narrativa de Calamandrei, ainda tão atual, sobre o drama do jurisdicionado quando percebe que o resultado do julgamento é mero fruto da sorte, v. CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 159-160.

Isso porque a teoria do julgamento colegiado *seriatim* não exige que haja qualquer diferença entre a conduta do juiz que julga coletivamente e aquele que julga individualmente. É como se o enunciado normativo dessa prática fosse: o juiz integrante de uma Corte colegiada deve decidir da mesma forma que decidiria se estivesse atuando sozinho.⁷²³

O grande problema é que alguns fatores proeminentes nos dias atuais escancaram a insuficiência da lógica *seriatim*, exigindo a revisão e o aprimoramento da perspectiva que se tem do agir do juiz numa Corte Suprema. Exigem, portanto, que se leve em conta o caráter institucional do julgamento colegiado e, por conseguinte, que se estabeleçam padrões normativos compatíveis com esse atributo.

A justificativa para tanto decorre da constatação até agora discutida de que o Supremo Tribunal Federal fica bastante aquém do desempenho decisório que dele se espera. E isso não se deve, deixe-se claro, a recusa da Corte ou de seus Ministros em cumprir as suas atribuições institucionais. Seguramente, não se trata disso.⁷²⁴

Em verdade, a grande problemática é que a teoria normativa subjacente ao julgamento colegiado – que se contenta com caráter agregativo dos posicionamentos individuais como modelo decisório, sem a preliminar deliberação – não dá conta da pesada missão institucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal.

Em outras palavras, a teoria normativa implícita à colegiatura é incompatível com a alta expectativa que se deposita nesta Corte Suprema, tornando-a incapaz de, em grande parte dos casos, cumprir sua tarefa institucional, a começar por aquela imposta pela própria ordem constitucional, que atribui ao Supremo Tribunal Federal a missão institucional de outorgar unidade à Constituição por intermédio de decisões fundamentadas.

⁷²³ KORNHAUSER; SAGER, *The one and the many*, p. 12–13. KORNHAUSER, *Deciding together*, p. 13–37, 2013.

⁷²⁴ A propósito, diante da excessiva sobrecarga de processos que pesa sobre o Supremo Tribunal Federal, é louvável o número de casos que são julgados anualmente.

Contemporaneamente, com a gradativa adesão à teoria dos precedentes judiciais, acrescentam-se exigências ainda mais robustas à Corte, pois já não basta que as decisões sejam formalmente motivadas. Reivindica-se que sejam motivadas de sorte tal que delas possam ser extraídas substantivas razões generalizáveis (*ratio decidendi*), aptas, em última análise, a ser aplicadas a casos semelhantes.⁷²⁵

Com efeito, a pressão para que se repense o entendimento a respeito do julgamento colegiado advém do gradativo discernimento sobre a necessidade de uma teoria precedentalista, que, em última análise, enfatiza a compreensão da decisão judicial como um discurso para a sociedade (e não apenas para os litigantes do caso concreto).

A premência de que a Corte – isto é, a instituição – dê unidade ao direito a partir da análise dos casos e, ao cabo disso, formule um discurso institucional assimilável e compreensível pelas Cortes inferiores, pelos demais Poderes e pela sociedade exige uma perspectiva distinta da decisão judicial enquanto discurso jurídico.

A preocupação que emana daí é muito bem sintetizada por Hübner Mendes ao afirmar que: “Quando as decisões se resumem, em última análise, a nada mais que a soma das partes, precedentes não são firmados e nenhuma jurisprudência finca raízes no ordenamento constitucional brasileiro.”⁷²⁶

É preciso, nessa ordem de ideias, que se prestigie a missão institucional da Corte diante dos precedentes, em detrimento da opinião individual e particularista de cada julgador. Afinal, a Corte é perene, ao passo que os julgadores são transitórios.

Se estas premissas são verdadeiras, desponta a questão de como potencializar o desempenho da missão institucional do Supremo Tribunal Federal enquanto Corte de Precedentes.

A abordagem institucionalista (discutida no Cap. 1) dá uma pista de como se alcançar isso, na medida em que reforça o conceito de missão

⁷²⁵ ATIYAH; SUMMERS, **Form and substance in Anglo-American law**, p. 120–121.

⁷²⁶ MENDES, O projeto de uma Corte deliberativa, p. 72.

institucional e incentiva que seus membros adiram a tal missão. O dia-a-dia faz com que os membros incorporem em suas atitudes individuais comportamentos que prestigiem a missão institucional e, em nome dela, abandonem gradativamente suas idiossincrasias pessoais.

Porém, a metodologia institucionalista adverte que, para se alcançar esse objetivo, é preciso que cada arranjo institucional não apenas atribua tal missão a seus juízes de forma inequívoca, mas que crie estruturas institucionais (regras, procedimentos e práticas) que assegurem que cada magistrado consiga cumprir a missão que lhe é designada.⁷²⁷

Muitas estruturas hoje vigentes, no entanto, ainda baseiam-se na premissa de que a Corte - e mais precisamente o julgamento colegiado - deve ser entendida como uma plataforma para a agregação das vontades individuais. Ou seja: a instituição serviria para agregar os posicionamentos individuais - preferências, opiniões e julgamentos - para alcançar a decisão coletiva. Basta pensar no anacronismo da sessão de julgamento, em que a Corte reúne-se para deliberar quando os votos já estão prontos, ou ainda na disposição do art. 931 do CPC, segundo o qual o relator deve elaborar seu voto tão logo sejam lhe conclusos os autos (sem que tenha, portanto, oportunidade de deliberar com seus pares).

Em verdade, atrás de estruturas como estas prevalece ainda uma teoria normativa do julgamento colegiado próprias de Cortes *seriatim*.

Mas se a teoria normativa do julgamento colegiado na prática *seriatim* não responde adequadamente ao que se espera hodiernamente de uma Corte de Precedentes, qual seria a alternativa?

Pois bem. Há que se rejeitar aqui a opção de que o julgamento colegiado no Brasil venha a ser orientando pelo regime *per curiam*, ou seja, por aquele modelo que impõe a Corte o dever de proferir julgamentos unânimes, ainda que haja desacordos insanáveis entre seus membros.

⁷²⁷ V., por exemplo: EDWARDS, The effects of collegiality on judicial decision making.

Como já examinado, embora tal modelo traga vantagens do ponto de vista deliberativo e de identificação da *ratio decidendi* do julgado, o motivo para tal renúncia é duas ordens. Primeiramente, o sistema constitucional e processual nacional opera, como regra, baseado no regime majoritário e democrático; não veda, assim, que a minoria tenha sua voz divulgada e os desacordos conhecidos publicamente. Na perspectiva aqui sustentada, a divulgação do dissenso - desde que adequada e prudentemente empregada - carrega uma crucial função institucional, já que demonstra à sociedade com maior clarividência os embates de teses que perpassaram o julgamento colegiado. Ademais, o dissenso faz denotar o caráter discursivo e deliberativo da interpretação constitucional.⁷²⁸

Em segundo lugar, um sistema que opera a partir do critério de unanimidade não outorga poder igualitário a todos, já que a minoria acaba por ter poder de veto sobre a vontade majoritária, dificultando, assim, a tomada de decisões.⁷²⁹

Quando um grupo discorda mesmo após a deliberação, a regra da maioria representa um mecanismo para resolver a disputa de forma justa, sem favorecer o *status quo*.

Nessa ordem de ideias, descartado o recurso ao regime *per curiam*, parece que a teoria normativa do julgamento colegiado deve pautar-se pelo regime majoritário. Vale dizer, fundar-se num arranjo decisório que, embora preconize a extensiva deliberação a respeito das potenciais soluções para determinado problema, se contenta com a atração da maioria do colegiado em torno da alternativa decisória mais aclamada e, ao mesmo tempo, se conforma que a minoria expresse publicamente o desacordo existente intramuros e, quiçá, construa, a partir daí, posicionamentos majoritários no futuro.

⁷²⁸ Sobre o tema, v. principalmente STACK, Kevin M., The practice of dissent in the Supreme Court, **The Yale Law Journal**, v. 105, n. 8, p. 2235, 1996.

⁷²⁹ KORNHAUSER; SAGER, The one and the many, p. 12–13. KORNHAUSER, Deciding together, p. 13–37.

A Corte, portanto, é capaz de transmitir o entendimento institucional (isto é, aquele acolhido pela maioria),⁷³⁰ que terá força precedental e, portanto, orientará a sociedade, mas sem que necessite suprimir a voz da minoria. Do mesmo modo, preserva-se a publicidade e a transparência da dinâmica decisória intramuros (que raramente se consegue no modelo *per curiam*).⁷³¹

Evidentemente que alguém poderia argumentar que não se está propondo nada de inovador, uma vez que o STF (e as Cortes brasileiras em geral) já decide de acordo com a regra da maioria.

Porém, e vale o realce, essa noção é falha. Ora, os Ministros analisam os casos reclusamente, preparam suas decisões isoladamente e as expressam individualmente. A lógica toda é *seriatim*. Quando o julgador age assim não tem em vista a manifestação da vontade institucional, mas puramente individual. A única maioria que há nesse cenário é aquela que recai sobre dispositivo do julgamento, o que pouco representa em termos de formação da *ratio decidendi* do pronunciamento colegiado.

E mais: ainda que haja uma convergência majoritária sobre os fundamentos e sobre o resultado, trata-se de um acontecimento aleatório, contingente; não deliberado. Pode acontecer que, ocasionalmente, na sessão de julgamento, constate-se que todos ou muitos dos julgadores tenham isoladamente chegado a decisões individuais harmônicas, que coincidentemente perfilham o mesmo caminho decisório, adotam idênticos fundamentos e alcançam o mesmo resultado. Mas trata-se, em última análise, de uma unanimidade ou maioria formada circunstancialmente e não por força da interação do grupo orientada pela missão institucional (de dar unidade ao direito).

⁷³⁰ Quando seja usa o termo “maioria” ou “majoritário” ao longo do texto quer se referir à quantidade de votos suficiente para se constituir uma maioria segundo as regras próprias de cada Corte, seja ela simples, absoluta ou qualificada.

⁷³¹ Como discutido no Cap. 3, as Cortes europeias que empregam o modelo *per curiam* fundam-se no regime da confidencialidade da deliberação. V. sobre o tema: FEREJOHN; PASQUINO, *Constitutional adjudication*.

Uma teoria normativa do julgamento colegiado que verdadeiramente baseie-se na lógica majoritária entende que a Corte é o agente que decide (e não os seus integrantes).⁷³² Devido a isso, deve fomentar o esforço colegiado para que uma maioria seja formada em torno dos mesmos fundamentos e do mesmo resultado, representando a voz institucional, sempre que se quiser conceber decisões com força de precedente.

Se isso é verdade, os fundamentos devem ser debatidos pelo colegiado antes que se decida. É aí que entra o papel da deliberação como procedimento que permite a exposição, o isolamento e o debate sobre as opções decisórias. Não se alcançando o consenso, é preciso identificar as coalizões formadas na Corte. Há que se ter, assim, um protocolo de colheita dos votos, de sorte a permitir que seja reconhecido e compreendido o posicionamento de cada um dos julgadores na formação do raciocínio decisório.

No entanto, a teoria normativa do julgamento colegiado que aceita a prática majoritária tem ainda que orientar a justificativa da decisão colegiada. Quando se tratar da coalizão majoritária, é preciso não apenas que se guie a conduta do redator da justificativa institucional, mas também a dos demais membros deste grupo que pretendam manifestar-se mediante a declaração de voto concorrente.

No lado minoritário, uma teoria normativa do julgamento colegiado deve se preocupar também em orientar a manifestação do dissenso. Por fim, é preciso que se compreenda neste arranjo decisório como se infere a força da decisão majoritária sob o enfoque dos precedentes.

Logo se vê que o julgamento colegiado que aceita a prática majoritária traz expectativas normativas diferenciadas em relação à atuação dos integrantes de Corte quando se compara ao regime *seriatim*. Daí a necessidade de repensar tal aspecto da atividade decisória.⁷³³

⁷³² “As in a team enterprise, collegial enterprise involves a shift in the agency of performance from the individual to the group.” (KORNHAUSER; SAGER, *The one and the many*, p. 5).

⁷³³ KORNHAUSER; SAGER, *The one and the many*, p. 12–13. KORNHAUSER, Lewis A. *Deciding Together*. NYU School of Law, *Public Law Research Paper*, n. 13–65, p. 13–37, 2013.

Antes de passar adiante, uma advertência é necessária. Não é objetivo da presente tese e nem haveria espaço para reconstruir uma teoria normativa da decisão colegiada, até mesmo porque trabalhos mais específicos e de maior densidade teórica já encetaram a desbravar caminhos nessa direção, tal como os estudos de Conrado Hübner Mendes, Lewis Kornhauser, Harry Edwards e, especificamente voltados para a realidade brasileira, os de Luiz Guilherme Marinoni e José Rodrigo Rodriguez.

Portanto, em grande medida, há que se encontrar sustentáculo em tais abordagens para se seguir em frente e se propor a forma como merece ser estruturado o julgamento colegiado. Sobretudo interessa à presente pesquisa a forma de organização do julgamento colegiado e a compreensão dos votos individuais para a constituição do precedente.

6. JULGAMENTO COLEGIADO NO STF

“...if someone wants to check whether a constitutional court is fulfilling its deliberative duties, she should inspect the written and face-to-face interaction among interlocutors and judges, then the interplay between judges themselves, and finally the written decision delivered by the court.”⁷³⁴

6.1 A estrutura básica de um encontro deliberativo

Conforme leciona Gastil, a deliberação consiste na discussão pautada na argumentação criteriosa, na consideração crítica e respeitosa das posições em jogo e, por fim, na seriedade quanto à tomada de decisão. Logo, uma deliberação efetiva abrange o exame cuidadoso de um dado problema, a identificação das potenciais soluções, o estabelecimento de critérios de avaliação, bem como a utilização desses critérios para detectar o melhor resultado possível.⁷³⁵

Portanto, grosso modo, um processo deliberativo deve envolver as seguintes fases.⁷³⁶ Primeiramente, a deliberação deve ser inaugurada com a criação de uma base de informações, a fim de assegurar que todos os participantes possam compreender a natureza do problema em pauta.⁷³⁷

Em segundo, segue-se a delimitação da questão em jogo. Na sequência, os deliberadores buscam formular o mais amplo conjunto de potenciais soluções para dado problema.

Em quarto, o grupo passa a considerar criteriosamente a adequação de cada solução, a fim de eliminar as menos apropriadas.

⁷³⁴ MENDES, *Constitutional courts and deliberative democracy*, p. 107.

⁷³⁵ GASTIL, *By popular demand: revitalizing representative democracy through deliberative elections*, p. 22.

⁷³⁶ GASTIL, John, *Democracy in small groups: participation, decision making, and communication*, Philadelphia: New Society Publishers, 1993, p. 25.

⁷³⁷ *Ibid.*, p. 27.

Ao cabo dessa fase, os deliberadores encontram-se em condições mais adequadas para formular a decisão. Quanto a isso, uma das possibilidades é que os deliberadores consigam chegar a uma decisão consensual sobre a solução ideal. No entanto, também pode suceder que, após deliberar sobre as potenciais alternativas decisórias, não haja consenso, demandando que se recorra a alguma técnica de votação, a partir da regra da maioria (podendo ser simples, absoluta ou qualificada).⁷³⁸

A essa estrutura, deve ser acrescentada uma última etapa, de modo a conformá-la à deliberação judicial. Por conta do dever de motivação, não basta decidir, mas também fornecer justificativas para o que foi decidido. Portanto, a quinta fase, aplicável às hipóteses em que o produto da deliberação deve ser justificado para outrem, consiste em outorgar transparência aos fundamentos que perpassaram a deliberação (tanto os que prevaleceram, quanto aqueles que deixaram de prevalecer).

É preciso, portanto, compreender como tal estrutura, aplicável a diferentes searas, pode servir para aperfeiçoar o julgamento colegiado.

6.2 Deliberação e a sobrecarga de trabalho

Alguém certamente poderá argumentar que o aprimoramento deliberativo do julgamento colegiado que se propõe adiante é demasiado exigente e praticamente irrealizável diante da exacerbada carga processos que assola as Cortes brasileiras e, notadamente, o STF. Poderá ainda tecer críticas no sentido de que a comparação feita com algumas Cortes estrangeiras (examinadas no Cap. 3) é injusta, já que muitas delas têm um volume de trabalho brutalmente inferior ao do STF.

De fato, há que se reconhecer que a proposta é exigente, que a deliberação judicial requer um procedimento decisório custoso e criterioso, além de demandar mais da atuação de cada julgador.

⁷³⁸ *Ibid.*, p. 49–56.

No entanto, a proposta é exigente porque a sociedade é quem se apresenta mais exigente e crítica em relação à atuação do STF;⁷³⁹ é a ordem constitucional e processual quem exige da Corte o desempenho de uma legítima Corte de Precedentes, outorgando unidade à Constituição e segurança jurídica.

Em que pese isso, como tratado antes, a teoria subjacente ao julgamento colegiado é incongruente com a missão institucional que se atribui ao STF.

Portanto, ou se atenuam drasticamente as exigências que se faz sobre o STF - satisfazendo-se com o atual cenário - ou se aperfeiçoam os mecanismos decisórios.

Um caminho legítimo, perfilhado pela presente pesquisa, é repensar o desempenho deliberativo da Corte, bem como refletir sobre as formas de aprimoramento do julgamento colegiado.

Porém, é evidente que isso não soluciona todos os problemas do STF. Uma Corte Constitucional deve se preocupar não apenas em julgar bem (“como julgar melhor?”), mas também se indagar a respeito de quais casos deve decidir (“o que julgar?”). Essa segunda questão - que diz respeito à seleção de casos de maior impacto para obtenção da unidade do direito e à formação da pauta de julgamentos da Corte - deve ser tratada com instrumentos específicos, a exemplo dos filtros recursais, da repercussão geral e dos meios de racionalização de julgamentos de teses repetitivas.⁷⁴⁰

Tais temas fogem ao escopo desta pesquisa, que se dedica exclusivamente à primeira questão (“como julgar melhor?”), porém, não é

⁷³⁹ Assinalando a função da jurisdição constitucional: “Ao juiz constitucional cumpre o papel didático de orientação geral do Estado no cumprimento e implementação de direitos fundamentais. Opções políticas de não implementação ou da (tradicional) situação de violação são ilegítimas do ponto de vista da Constituição e devem sofrer a “intervenção” do juiz constitucional. Isso também não significa que este deva se autoproclamar como instância exclusiva e autossuficiente na implementação da Constituição e dos direitos fundamentais.” (TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 70)

⁷⁴⁰ V. a respeito: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, **Repercussão geral no recurso extraordinário**, 3. ed. São Paulo: RT, 2012.

difícil supor que as duas questões têm relativo impacto uma sobre a outra. Ora, o controle mais rigoroso sobre as causas que aprecia, permite a Corte concentrar sua capacidade de trabalho em temas de maior relevância e sobre eles produzir julgamentos mais aprimorados,⁷⁴¹ ao passo que a melhora qualitativa nos julgamentos, formando precedentes decorrentes de amplo debate, traz vantagens epistêmicas e de eficiência no longo prazo: de um lado, precedentes dotados de solidez e clareza evitam que as mesmas questões sejam constante e desnecessariamente rediscutidas pela Corte; de outro, promovem a gradativa redução da litigiosidade sobre teses já pacificadas.⁷⁴²

Todavia, não há aqui uma relação de prejudicialidade entre quantidade e qualidade; a solução da problemática envolvendo a seleção de casos - e a redução da carga de trabalho da Corte - não implica a automática resolução da questão da qualidade dos julgamentos.⁷⁴³ Vale dizer, ainda que o STF suportasse a mesma carga de processos de algumas das Cortes estrangeiras examinadas, se mantida a prática *seriatim* antideliberativa, estar-se-ia conservando a mesma lógica opinativa e agregativa da jurisdição constitucional. A quantidade, portanto, não constitui o fator isolado de determinação da qualidade. Logo, caso se pretenda levar verdadeiramente a

⁷⁴¹ “O resultado esperado é a produção de julgamentos mais elaborados e dotados de maior visibilidade, fomentando o debate democrático em torno das decisões e do próprio papel desempenhado pela Corte. Essa inserção da jurisdição constitucional no contexto mais amplo de deliberação política — preservada sua independência e a metodologia que lhe é própria — passa a ser vista como fator de legitimação, desfeito o mito de que a interpretação jurídica seja uma atividade mecânica de revelação de conteúdos objetivos.” (BARROSO, Luís Roberto, **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012).

⁷⁴² “From the perspective of the constrained court, stare decisis brings the advantages of cognitive and decisional efficiency. None of us has the ability to keep every issue open for consideration simultaneously, and we could scarcely function if all of our decisions were constantly up for grabs. Especially in a court, where narrowing the issues increases the ability to focus the arguments, treating some matters as simply settled makes life easier for the court, just as it does for those who are expected to plan their lives and their activities around the decisions that courts make.” (SCHAUER, Frederick F., **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**, Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 43).

⁷⁴³ Discutindo o fato de que, na Suprema Corte norte-americana, a disponibilidade temporal não significa a solução para as controvérsias internas, v. DAVIS, John F.; REYNOLDS, William L., Juridical cripples: plurality opinions in the Supreme Court, **Duke Law Journal**, p. 59–86, 1974, p. 77–80.

sério o ideal precedentalista, o aperfeiçoamento qualitativo do julgamento colegiado é um imperativo a ser perseguido independentemente da magnitude de processos que pesa sobre a Corte.

6.3 O anacronismo da sessão de julgamento e a necessidade de uma remodelação que estimule a genuína deliberação

Como até agora demonstrado, a crítica dirigida ao STF orienta-se no sentido de que o que transcorre em suas sessões de julgamento é, a rigor, a leitura sequencial de votos previamente concebidos pelos Ministros, seguindo um padrão *seriatim*. Ao se tomar o conceito de deliberação preconizado pela teoria deliberativa - como sendo um debate reflexivo visando a tomada de decisão, que se inicia com a identificação do problema, passando pelo levantamento de possíveis soluções e pela escolha ponderada da melhor alternativa -, não é difícil concluir que as sessões de julgamento do STF, via de regra, não refletem uma manifestação deliberativa propriamente dita.

Ora, deliberar é um meio para se chegar a um fim: a tomada de decisão coletiva. Delibera-se para, daí então, decidir. No STF, porém, a sessão de julgamento já é o ato final desse trajeto - paradoxalmente alcançado sem que se tenha deliberado de antemão.

Cumprir reiterar uma observação de caráter procedimental que tem expressivo impacto na deliberação da Corte. Em todos os modelos de deliberação judicial até agora examinados, constatou-se que o momento alocado para a congregação deliberativa do colegiado é procedimentalmente segmentado das demais etapas do julgamento.⁷⁴⁴

Com efeito, do exame de direito comparado levado a efeito no capítulo anterior, pôde-se perceber que todas as práticas e procedimentos das Cortes preveem momentos - formais e informais - para a deliberação interna do colegiado antes da redação do texto e da proclamação do resultado.

⁷⁴⁴ V. item 4.2.5, *supra*.

Em alguns casos, a interação do colegiado é mais enfática nas sessões de deliberação⁷⁴⁵, em que há o encontro dos julgadores frente a frente em sessões preparatórias (modelo continental europeu); em outras, a deliberação é feita, não apenas em sessão presencial, mas especialmente com base num texto redigido e circulado pelo juiz redator, que passa então a ser objeto de considerações por escrito dos demais componentes do colegiado, que com ela interagem também por escrito (modelo estadunidense).

Em qualquer dos modelos, porém, há sempre um momento em que o projeto de decisão é submetido à apreciação do colegiado. A diferença será, em síntese, se a discussão a respeito do texto dar-se-á antes da sessão formal deliberação, que sucede como etapa final da fase decisória (como geralmente acontece no modelo continental europeu), ou depois dela (modelo norte-americano); se frente a frente ou por escrito.

Assim, o rito deliberativo das Cortes europeias e anglo-americanas discrepa substancialmente da dinâmica decisória do STF (e dos tribunais nacionais, de um modo geral), que estabelece uma sessão única de julgamento, composta pela fusão da sustentação oral,⁷⁴⁶ da exposição dos votos concebidos prévia e isoladamente, do julgamento pela agregação do resultado de cada voto, seguido da imediata proclamação do resultado.

Já se apontou à exaustão o anacronismo da sessão de julgamento na atual dinâmica decisória do STF e se demonstrou que, muitas vezes, ela configura um compromisso burocrático sem verdadeira índole deliberativa.

Assim, se a problemática do julgamento colegiado até agora examinada consiste no fato de que o STF decide sem deliberar, é preciso pensar num desenho procedimental que solucione tal deficiência. Cabe, nesse passo, refletir sobre o momento procedimental mais apropriado para a deliberação judicial.

Grosso modo, duas diretrizes poderiam ser cogitadas para a realidade nacional, tendo como orientação os modelos estrangeiros examinados: a adoção de sessões preparatórias de deliberação (antecedendo à sessão final de

⁷⁴⁵ Sessões que ocorrem de modo reservado.

⁷⁴⁶ Nas hipóteses em que é cabível a sustentação, conforme art. 937 do CPC.

julgamento) ao invés de uma sessão única ou a deliberação por escrito como continuidade da sessão presencial de deliberação (circulação de votos).

Com essa sugestão não se pretende aqui importar um modelo pronto, mas, à luz da experiência estrangeira, decifrar formas para ser suplantada a deficiência deliberativa do julgamento colegiado no STF.

Pois bem, as Cortes europeias examinadas guardam uma semelhança estrutural com a dinâmica brasileira: há a designação do relator ao início do procedimento, bem como a previsão de uma sessão formal de julgamento como ponto final do trajeto decisório.

A distinção se dá pelo que transcorre no intervalo entre esses dois extremos. Na dinâmica europeia, a deliberação mais significativa acontece justamente nesse interregno, seja nas sessões preparatórias do colegiado, seja na inter-relação entre o relator e outros personagens da Corte. De um modo geral, quando se chega à sessão formal de julgamento, a deliberação já transcorreu e a decisão foi tomada, bastando a chancela do colegiado sobre o texto redigido pelo relator.

No STF, entre o momento em que o caso é distribuído ao relator até a sessão de julgamento colegiado, não há interação deliberativa. Aí que se denota um déficit da deliberação colegiada.

A Suprema Corte estadunidense, por sua vez, tem uma estrutura procedimental bastante diversa do STF. Como primeira etapa,⁷⁴⁷ são agendados os debates orais (*oral argument*) dos casos a serem julgados naquele ano judiciário. Por não contar com a função da relatoria, todos os *Justices* estudam os casos, participam da fase de sustentação oral, seguida da sessão formal de deliberação (*conference*). Como antes tratado, que é a decisão tomada nesta ocasião não é definitiva, mas apenas o ponto de partida da deliberação que transcorrerá por escrito. Segue-se daí uma extensa fase de deliberação por escrito, até que se firme um posicionamento a respeito do texto (ou dos textos,

⁷⁴⁷ Está-se excluindo aqui, evidentemente, a fase de seleção dos casos pelo colegiado. Sobre isso, v. item 3.3.1.

na hipótese em que o voto majoritário conviva com votos dissidentes e concorrentes).

Pelo menos duas conclusões advêm desses exemplos.

Em primeiro lugar, como a deliberação colegiada costuma ser uma tarefa complexa, ambos os modelos estrangeiros parecem não conceber a imediatidade deliberativa, tal como ocorre no Brasil, em que diversas tarefas são condensadas numa sessão unificada.

Em segundo lugar, observa-se que a deliberação pode iniciar-se antes da sessão formal e presencial de julgamento (modelo continental europeu) ou ter nesta etapa procedimental apenas o seu ponto de partida (modelo norte-americano).

Se isso é verdade, ao adotar-se uma estrutura análoga ao modelo continental europeu haveria de se pensar em mecanismos de interação colegiada precedentes à sessão final de julgamento (partindo da premissa que esta continuaria a existir), o que poderia ser feito por intermédio de reuniões preparatórias, da cisão da sessão de julgamento ou mediante a circulação de propostas por escrito (facilitada pelas modernas tecnologias de comunicação eletrônica).

Por sua vez, ao se optar por emprestar alguns elementos da estrutura estadunidense (e não se cogita aqui a exclusão da função do relator no paradigma nacional), bastaria reservar-se à atual sessão de julgamento um papel meramente deliberativo. Ou seja, esta seria cindida em duas fases, sendo que a primeira serviria exclusivamente para que houvesse a sustentação oral e a discussão colegiada, relegando-se para uma etapa seguinte a tarefa de redação da decisão, a partir do que resultar decidido da deliberação. Finalmente, na segunda fase, haveria a ratificação do texto e a proclamação do resultado. Pressupõe-se, nesta última hipótese, que o procedimento imponha uma mudança comportamental, já que os julgadores não iriam simplesmente ler votos preparados isoladamente, mas debater guiados pelas virtudes da colegialidade, da ambição cognitiva, da empatia e da modéstia cognitiva; ao cabo disso, posicionar-se-iam a respeito da opção decisória ideal e

encarregariam um dos seus membros de redigir o entendimento institucional, sem excluir que o dissenso e as soluções concorrentes sejam igualmente manifestadas.

A rigor, tal remodelação dependeria muito mais da tomada de consciência dos problemas atuais e de uma disposição para mudar a mentalidade vigente do que de alterações procedimentais de maior relevo.

Ora, a sessão de julgamento do Plenário do STF, que atualmente concentra todos os atos (leitura do relatório, sustentação oral, debate, leitura dos votos pré-concebidos e proclamação do resultado), poderia continuar a existir, mas sofrendo uma cisão, de modo a contemplar objetivos distintos e de caráter deliberativo, isto é: além da apresentação do caso, da sustentação oral, o propósito principal seria a deliberação, seguida da manifestação das posições individuais e dos respectivos votos, mas estes mereceriam ser reputados ainda provisórios, já que não estariam sendo proferidos à luz de um texto pronto (à semelhança do que sucede na Suprema Corte norte-americana).

Na dinâmica ora proposta, a redação da decisão deliberativa apenas será levada a efeito após a conclusão da deliberação, sob pena de se eternizar o anacronismo da atual sessão de julgamento, em que o “aparente” debate é feito quando os textos já se encontram prontos e a decisão tomada.

Assim, existindo posições diversas para solucionar o caso, a despeito da deliberação, a votação, ao final dessa fase, não seria conduzida para fins de imediata proclamação do resultado, mas sim para averiguar qual a opção decisória foi sufragada pela maioria do colegiado, bem como a existência de posições concorrentes e dissidentes.

Simultaneamente, a votação nestes moldes serviria para que o Presidente pudesse designar como redator da decisão da Corte aquele julgador que genuinamente representasse a vontade majoritária (que não será necessariamente o relator).⁷⁴⁸

⁷⁴⁸ Sobre as regras para redesignação do redator, v. HALL, Melinda Gann, Opinion assignment procedures and conference practices in State Supreme Courts, **Judicature**, v. 73, p. 209–214, 1989, p. 212.

Com isso, seguir-se-ia para uma subsequente fase interna, não mais presencial, em que o resultado da deliberação será materializado num texto representativo da vontade institucional (majoritária). Da mesma sorte, as posições concorrentes e dissidentes porventura existentes seriam expressas em votos escritos, que necessariamente guardariam um caráter relacional com a posição da maioria.

Ao cabo desse procedimento redacional, os votos escritos seriam circulados para ratificação do colegiado. O mote aqui é assegurar que os magistrados redatores das posições majoritária, concorrente e dissidente consigam reproduzir com fidelidade o que transcorreu na deliberação colegiada, estando ainda aberta a possibilidade de modificação do voto pelos demais julgadores em caso de discordância com o teor do texto.

Apenas depois de concluída tal fase, com a ratificação dos votos traduzidos no texto deliberativo, é que se deve proclamar o resultado.

A seguir, essa construção é desenvolvida com maior detalhamento.

6.4 A etapa preparatória e o compartilhamento das informações: a moldura fática e a tese jurídica do caso

A deliberação judicial merece ser antecedida por uma etapa preliminar em que os deliberadores informam-se a respeito do que irão decidir, especialmente dado o caráter técnico e complexo do fenômeno jurídico. Como se verá a seguir, alguns passos merecem ser seguidos para que o compartilhamento das informações seja feito de forma uniforme e efetiva.

6.4.1 Delimitação da controvérsia

Embora tal afirmação possa parecer evidente, o procedimento deliberativo - enquanto instrumento destinado à tomada de decisões coletivas - pressupõe a precisa identificação da questão a ser decidida, o que envolve a compreensão da moldura fática do caso e do tema jurídico em discussão. Como

a deliberação judicial acarreta um custo social e em termos de celeridade processual significativa, é crucial que o colegiado possa ter conhecimento antecipado do problema que será submetido à deliberação, de forma a racionalizar e tornar mais célere o procedimento de tomada de decisão.

A questão ganha maior essencialidade quando se pensa na atuação de uma Corte de Precedentes, cuja *ratio decidendi* servirá para orientar a sociedade e os futuros casos. Não é à toa que o novo Código de Processo Civil, na parte que disciplina os recursos repetitivos, destaca a necessidade de que o relator identifique “com precisão a questão a ser submetida a julgamento”⁷⁴⁹ para fins de que a tese seja firmada.⁷⁵⁰

Apesar da obviedade do ora afirmado, demonstrou-se anteriormente que, em determinados casos, cada Ministro acaba isolando distintas questões como sendo aquela a ser decidida. O caso Ellwanger antes referido é um emblemático exemplo de como diferentes ordens de problemas podem ser insuladas e decididas por cada membro do colegiado, gerando uma fragmentação desordenada da decisão.⁷⁵¹ Logo, o efeito principal da dinâmica deliberativa vigente é que se outorga a cada um dos julgadores o poder de escolha “sobre qual problema (...) resolver com sua argumentação, sem que haja um pronunciamento de todos os ministros sobre ele”. Por conseguinte, “não há deliberação entre os ministros, para que cheguem a um acordo pelo menos com relação a qual é o principal problema trazido pelo caso.”⁷⁵²

Ademais, é bastante corriqueiro que parte considerável das sessões de julgamento do STF seja dedicada a apartes e constantes pedidos de

⁷⁴⁹ “Art. 1.037. Seleccionados os recursos, o relator, no tribunal superior, constatando a presença do pressuposto do caput do art. 1.036, proferirá decisão de afetação, na qual: I - identificará com precisão a questão a ser submetida a julgamento; (...)”. É preciso, no entanto, ressaltar que tal orientação deve servir para qualquer julgamento proveniente do STF e STF que tenham a potencialidade de produzir precedentes. Logo, os recursos especiais e extraordinários não-repetitivos, bem como as a

⁷⁵⁰ “Art. 1.039. Decididos os recursos afetados, os órgãos colegiados declararão prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese firmada.”

⁷⁵¹ V. item 4.3.2

⁷⁵² VOJVODIC; MACHADO; CARDOSO, Escrevendo um romance, primeiro capítulo, p. 33.

esclarecimento nos quais, a bem da verdade, os Ministros buscam compreender o que está sendo decidido.

Com isso, ao contrário do que um observador mais desatento poderia supor, parte considerável do tempo das sessões acaba não envolvendo a deliberação sobre a solução jurídica para determinado problema, mas, sim, a identificação do objeto da demanda ou do recurso, do pedido formulado pela parte ou de alguma particularidade da causa.

É o que exemplifica o julgamento do REsp 638.185/RS⁷⁵³, cujo objeto consistia em saber se seria devida correção monetária no período compreendido entre a data de elaboração do cálculo da requisição de pequeno valor e sua expedição para pagamento. O inteiro teor do acórdão contém 50 páginas, sendo que 35 páginas correspondem à transcrição do debate havido em sessão. Parte significativa da discussão transcorreu para se esclarecer qual era a questão a ser decidida (ou mais precisamente para elucidar o intervalo temporal no qual se deveria permitir ou não a incidência de correção monetária).

Questões como estas, no entanto, por uma questão de racionalidade, economia e celeridade processual, mereceriam estar devidamente elucidadas antes mesmo da sessão de julgamento. Afinal de contas saber o que se irá julgar é um pressuposto necessário para se bem julgar. Não se trata de pretender aqui coibir apartes e que dúvidas sejam sanadas no curso da deliberação, mas atentar para o fato de que a ciência antecipada, ainda que não necessariamente exauriente, dos contornos da questão a ser decidida certamente tornariam os debates muito mais produtivos.⁷⁵⁴

Demais disso, se parte do colegiado não se encontra perfeitamente a par daquilo que está sendo decidido, seguramente pela carga excessiva de processos que compromete o desempenho da Corte, é plausível supor que tais

⁷⁵³ Trata-se do tema 450 dos recursos com repercussão geral reconhecida.

⁷⁵⁴ Como pondera Barbosa Moreira: “Qualquer dos juízes participantes do julgamento pode solicitar ao relator esclarecimentos sobre algum ponto da exposição que lhe haja parecido obscuro ou contraditório, ou mesmo, simplesmente, a confirmação de algum dado que não tenha podido reter ao ouvir a exposição.” (BARBOSA MOREIRA, **Comentários ao Código de Processo Civil - v. V**, p. 483).

juizadores tampouco tiveram tempo apropriado para refletir sobre o mérito da causa. Isso indica, portanto, um déficit de cognição do colegiado que põe em risco a deliberação.⁷⁵⁵

Thompson e Oakley, analisando o problema da informação nos julgamentos colegiados norte-americanos, elucidam que os fatores informação e tempo disponível para deliberar conduzem a uma melhor decisão, de modo que a atenção a eles deve ser preconizada no delineamento de um sistema de solução de conflitos.⁷⁵⁶

Por conta disso, vários instrumentos permitem tornar as sessões mais produtivas, a começar por um eficiente relatório,⁷⁵⁷ que, como já tratado, deve ser rigorosamente circulado antes da sessão de julgamento e, ademais, ser suficientemente preciso para nortear a deliberação colegiada.⁷⁵⁸

É crucial compreender a especial função do relatório no contexto de uma Corte de Precedentes.⁷⁵⁹ Quando se raciocina em termos de precedentes, é preciso entender que o elemento vinculativo de uma decisão são “as *razões* constantes de sua *justificação*, as quais devem ser ainda lidas a partir do *caso* exposto no seu *relatório*.”⁷⁶⁰ Isso significa que o *holding* do caso encontra

⁷⁵⁵ Veja-se a explicação de Thompson e Oakley: “Information flow is critical. If the appellate judges who review for correctness are denied information they would otherwise consider, if information is transmitted to them in a form which inhibits full perception of an important aspect of the case, or if the information is skewed, even the best-focused scrutiny will be misdirected and the most genuine consensus may rest on this misconception.” (THOMPSON, Robert S.; OAKLEY, John B., From information to opinion in Appellate Courts: How funny things happen on the way through the forum, **Arizona State Law Journal**, p. 1–79, 1986, p. 11).

⁷⁵⁶ *Ibid.*

⁷⁵⁷ V. item 4.2.1, bem como: CARVALHO, Fabiano, A função do relatório no julgamento colegiado: Manifestação do princípio do contraditório, **Revista de Processo**, n. 198, p. 445–455, 2011.

⁷⁵⁸ BARBOSA MOREIRA, **Comentários ao Código de Processo Civil - v. V**, p. 482–483.

⁷⁵⁹ Luiz Guilherme Marinoni, “a nova dimensão de poder atribuída ao juiz da civil law, em razão do constitucionalismo e da técnica legislativa das cláusulas gerais, tem repercussão sobre a dignidade dos fatos em nosso sistema.” (MARINONI, **Precedentes obrigatórios**, p. 256).

⁷⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel Francisco, **Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum**, São Paulo: RT, 2015, p. 613.

sentido diante de determinada moldura fática. Como bem registra Daniel Mitidiero, “o precedente trabalha essencialmente sobre os fatos jurídicos relevantes que compõem o caso examinado pela jurisdição e que determinaram a prolação da decisão da maneira como foi prolatada.”⁷⁶¹ Se isso é certo, e sem prejuízo da argumentação a ser desenvolvida na justificativa, o relatório deve dar particular atenção aos fatos.

E nem se argumente que, no contexto do controle abstrato de constitucionalidade, os fatos seriam insignificantes. Ainda que não haja uma disputa concreta a ser descrita no relatório, a norma jurídica sempre está relacionada à regulação dos fatos. Logo, a atividade interpretativa sempre há de considerar, ainda que abstratamente, o resultado que uma norma jurídica traz no mundo dos fatos. Nada obstante tratar-se de um caso concreto, *Brown v. Board Education* representa um exemplo emblemático, já que as repercussões fáticas da segregação racial, tomadas em abstrato, foram determinantes para sua decisão. Mais precisamente, a célebre “nota de rodapé 11”, que se referiu a estudos sobre os efeitos psicológicos da discriminação social.

A propósito, em análise aprofundada do tema,⁷⁶² André Ramos Tavares confirma a ideia de que “a análise, chamada abstrata, da constitucionalidade dos atos estatais, ainda que restrito seja o controle judicial da constitucionalidade a algumas poucas espécies de atos normativos, não pode, jamais, situar-se totalmente em campo não concreto”.⁷⁶³

Portanto, mesmo nesta hipótese, a aferição da constitucionalidade ou não de uma norma depende da consideração de um fato (ou conjunto de fatos em abstrato).⁷⁶⁴

⁷⁶¹ MITIDIERO, Daniel, Fundamentação e precedente - Dois discursos a partir da decisão judicial, **Revista de Processo**, n. 206, 2012, p. 71.

⁷⁶² Especialmente em item dedicado aos “Fundamentos fantasiosos do processo objetivo como exclusivamente abstrato”. (TAVARES, André Ramos, **Paradigmas do judicialismo constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 166–171).

⁷⁶³ *Ibid.*, p. 166.

⁷⁶⁴ A exemplo do que se viu no julgamento da ADI 4.277, Pleno, rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011.

Dito isso e conquanto o relatório, por si só, já devesse servir a função de outorgar adequada cognição ao colegiado quanto aos fatos e ao tema em disputa, é certo que outros instrumentos à disposição do STF podem ser também de notória utilidade no tocante a este propósito (embora possa ser difícil mensurar o seu aproveitamento pelos julgadores).

O que se cogita aqui, a bem da verdade, são formas de prover ao colegiado informações necessárias à deliberação produtiva.

Para tanto, a Corte pode-se valer de inovações tecnológicas que já se encontram de alguma forma implantadas no próprio Tribunal. Veja-se alguns exemplos.

No *website* do STF consta a divulgação das pautas de julgamento e, em especial da pauta temática, onde os processos são classificados por seu tema jurídico, sendo informada sucintamente a tese em jogo, a posição do Ministério Público e da AGU e o atual estágio processual.⁷⁶⁵

Tal ferramenta poderia ser facilmente adaptada para orientação do julgamento colegiado, já que a elaboração e a disponibilização entre os julgadores de um memorando em formato análogo ao que consta na área das pautas temáticas permitiria alguma compreensão do que se está para decidir.

Da mesma maneira, no tocante à repercussão geral, uma página específica no *website* da Corte divulga os temas apreciados e pendentes de apreciação.⁷⁶⁶ Tais informações, devidamente organizadas pelo próprio Tribunal e disponibilizadas para acesso público, constituem uma ferramenta valiosa para orientar o julgamento colegiado e torná-lo mais eficiente. Tais dados, de fácil acesso ao público, certamente são igualmente úteis para os julgadores e seu respectivo corpo de assessores.⁷⁶⁷

Ademais, diante da adoção do processo eletrônico e do julgamento virtual no STF, não seria difícil franquear a qualquer dos julgadores (e sua

⁷⁶⁵ <http://www.stf.jus.br/portal/pauta/pesquisarPautaTematica.asp>

⁷⁶⁶ <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/listarRepercussaoGeral.asp>

⁷⁶⁷ Vela recordar que uma das funções primordiais dos assessores na Suprema Corte dos Estados Unidos é a de preparar o memorando para que os *Justices* estejam a par do caso antes das sessões de arguição oral e de deliberação.

equipe de assessores) acesso às peças e aos documentos do caso, facilitando, portanto, a ampliação da cognição judicial. Com efeito, hodiernamente, os avanços tecnológicos afastam os antigos empecilhos que a necessidade de consulta dos autos físicos ocasionava.

É preciso, portanto, que tais tecnologias sejam aproveitadas para outorgar maior praticidade e eficiência ao julgamento colegiado.

Sob o ponto de vista gerencial, seria de grande valia, portanto, que o relator, sem prejuízo do relatório convencional - de maior extensão e detalhamento -, fizesse circular (valendo-se das tecnologias de comunicação eletrônica), com razoável antecedência da sessão, a breve indicação das informações que reputa essenciais para a adequada condução dos trabalhos, em particular da questão em disputa, da moldura fática e das teses sustentadas pelas partes.

De forma mais aprimorada, este memorando poderia contar, se for cabível, com uma seção específica relacionando precedentes da Corte que incidiriam para a solução do caso em apreço.

Nada impede, ao seu turno, que o relator circule antecipadamente não apenas o relatório, mas também a sua sugestão de voto - ainda que de caráter provisório, na forma de um projeto inacabado. Em que pese já se tenha denunciado os aspectos negativos de se decidir antes de deliberar, o fato é que, no atual arranjo deliberativo do STF, em que não há uma sessão preparatória dedicada exclusivamente à deliberação - ou seja, segregada de sessão de julgamento -, a circulação antecipada do projeto de voto funcionaria como um paliativo, pois permitiria, ao menos, que o colegiado tenha tempo hábil de refletir sobre a posição do relator antes de deliberar⁷⁶⁸

⁷⁶⁸ Embora alguém possa argumentar que já haja a circulação do voto do relator antecipadamente, o fato é que no STF tal prática não se dá de forma regular ou formal, tampouco há disciplina regimental neste tocante. Conforme informações fornecidas por alguns gabinetes, certos Ministros aleatoriamente remetem cópia impressa do seu voto para um ou outro colega; outros Ministros, no entanto, conforme tratado anteriormente, não aderem tal prática e não recebem os votos dos colegas. Logo, não há uma prática institucionalizada e dotada de oficialidade.

Ainda neste âmbito de discussão, e levando-se em conta exemplos de Cortes estrangeiras antes analisadas, poder-se-ia cogitar que, ao invés de apresentar seu voto sob o formato de uma decisão já definitiva, tal como sugerido pelo Código de Processo Civil e pelo Regimento Interno do STF, o relator, quando reputasse conveniente, pudesse submeter à deliberação do colegiado um projeto contendo mais de um caminho decisório. Ora, é mais do que sabido que muitas questões jurídicas - e as de caráter constitucional marcadamente - admitem variadas soluções.

Ao comunicar todos os fatos relevantes do processo, as potenciais soluções que logrou colher em seu estudo, bem como o atual estado da jurisprudência constitucional existente na matéria em apreciação, o relator posiciona-se como agente colaborador e empenha-se em proporcionar genuíno debate entre os demais integrantes da Corte, viabilizando a formação qualitativa do julgamento colegiado. Daí porque não se pode impedir que o relator, diante deste fato, traga ao conhecimento do colegiado um rol de soluções potencialmente adequadas para certo problema.

A rigor, tal proposta encontra-se em consonância com a noção antes abordada, no sentido de que os integrantes do colegiado não estão ali para verbalizar opiniões ou preferências pessoais intransigíveis, mas para, em função do dever-poder em que estão investidos, encontrar soluções que possam ser reconstruídas racionalmente e que sejam dotadas de universalidade.⁷⁶⁹

Portanto, vem a calhar a ponderação de Luiz Guilherme Marinoni, no sentido de que o relator “deve redigir um projeto de julgamento e uma proposta de voto, um convite à discussão e não um convite à adesão.”⁷⁷⁰

De mais a mais, a circulação prévia de tais informações tem uma importante função no aperfeiçoamento da sustentação oral. Conforme sustentado em tópico anterior,⁷⁷¹ a prática atual da sustentação oral merece ser

⁷⁶⁹ POSNER, *The federal courts*, p. 347–368.

⁷⁷⁰ MARINONI, *Julgamento nas Cortes Supremas: Precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*.

⁷⁷¹ V. item 4.2.4.

repensada e reestruturada, de sorte que deixe de ser uma formalidade inócua e se transforme num canal de deliberação eficaz entre a Corte e os seus interlocutores, assim como uma fonte de informações para o colegiado.⁷⁷²

Para tanto, é fundamental que, inteirando-se antecipadamente do caso, mesmo que não exaustivamente, a Corte aproveite a oportunidade de desafiar os argumentos ventilados pelos interlocutores e de coletar dados adicionais, questionando os advogados das partes.⁷⁷³ Na linha do já sugerido, cabe aqui a adoção de uma postura mais proativa pela Corte não só nos questionamentos, mas ao comunicar antecipadamente aos advogados a respeito de questões que mereçam maior aprofundamento na sustentação oral.

Sem prejuízo disso, seja diretamente, seja por meio de subsídios fornecidos por sua assessoria, cada Ministro deve preparar-se adequadamente para a discussão colegiada.⁷⁷⁴

Tal postura é imprescindível para o alcance da missão institucional da Corte⁷⁷⁵ e para satisfação de uma das virtudes da fase decisional, qual seja, a ambição cognitiva, que “consiste na motivação institucional ou na disposição coletiva de empenhar-se e persistir na busca da melhor decisão possível.” Tal virtude abastece a colegialidade “com uma energia investigativa sem a qual a promessa epistêmica da deliberação torna-se anêmica e fatigada. A ambição cognitiva fornece à deliberação, portanto, um impulso epistêmico mais poderoso do que a colegialidade pura.”⁷⁷⁶

⁷⁷² MARTINEAU, Robert J., The value of appellate oral argument: A challenge to the conventional wisdom, *Iowa Law Review*, v. 72, p. 1–33, 1986.

⁷⁷³ *Ibid.*, p. 30–32.

⁷⁷⁴ “The unprepared or poorly prepared judge is less likely to add much that is worthwhile to collegial discourse.” (THOMPSON; OAKLEY, From information to opinion in Appellate Courts, p. 65).

⁷⁷⁵ Sobre a missão institucional da Corte e seu reflexo no agir individual, v. item 1.5.

⁷⁷⁶ “It consists in the institutional willingness or the collective disposition to strive and persist in the search of the best possible decision. It fuel collegiality with an investigative energy without which the epistemic promise of deliberation gets anemic and fatigued. Cognitive ambition furnishes deliberation, therefore, with a more powerful epistemic drive than sheer collegiality.” (MENDES, *Constitutional courts and deliberative democracy*, p. 134–135).

De outro modo, cair-se-á na antes denunciada postura opinativa e personalista, que fatalmente obsta a Corte de perfilhar uma lógica decisória dotada de racionalidade.

6.4.2 Precedentes e a luta contra a “amnésia institucional”.

Nesse momento que antecede à deliberação, cabe ao relator transmitir ao colegiado o estado atual dos precedentes existentes que se correlacionam com o tema em apreciação. Compete ainda ao colegiado levar a cabo uma cautelosa análise dos precedentes relacionados ao caso e que possam ter sido porventura negligenciados pelo relator.⁷⁷⁷⁻⁷⁷⁸ Tal função, à semelhança daquela desempenhada pelo Jurisconsulto na Corte Europeia de Direitos Humanos, objetiva prevenir desvios dos precedentes da Corte e, simultaneamente, racionalizar a atividade do colegiado.⁷⁷⁹

No plano da deliberação judicial, é fundamental que os julgadores tenham a consciência do encargo gerado pela dimensão horizontal dos precedentes, o que, nas palavras de Frederick Schauer, gera a obrigação de que a Corte de hoje conecte-se com a Corte do passado.⁷⁸⁰

Dando solidez ao argumento, Conrado Hübner Mendes enfatiza que um dos parâmetros qualitativos para se avaliar o desempenho deliberativo de uma Corte dá-se pela “densidade e consistência jurisprudencial”, representada pelo esforço do colegiado “para conectar o passado, presente, para desenvolver uma racionalidade incremental.”⁷⁸¹ É, portanto, essencial que a Corte tenha

⁷⁷⁷ É o que explicam Farber e Sherry: “Departures from precedent and weak reasoning are similarly subject to expert scrutiny from other judges. If a colleague points out a flaw in one’s reasoning, it is (or should be!) more difficult to remain wedded to that reasoning.” (FARBER; SHERRY, **Judgment calls**, p. 90).

⁷⁷⁸ “The judge who has failed to comprehend factual nuances that make a leading case distinguishable from other seemingly similar situations is less likely to repeat the mistake if it has been called to her attention previously.” (THOMPSON; OAKLEY, *From information to opinion in Appellate Courts*, p. 65).

⁷⁷⁹ Sobre a função Jurisconsulto na Corte Europeia de Direitos Humanos, v. item 3.2.2.

⁷⁸⁰ SCHAUER, **Thinking like a lawyer**, p. 37.

⁷⁸¹ MENDES, *Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF*, p. 349.

consciência dos precedentes estabelecidos, seja para lhes respeitar, seja para deliberar sobre a oportunidade de revê-los diante de novas circunstâncias:

Esse é um requisito para criação de uma cultura jurídica sólida, na qual não permanece em aberto, como se, a cada novo caso, houvesse uma amnésia institucional e um retorno ao ponto zero da história constitucional, ou um compromisso exclusivo com o texto cru da constituição. Um tribunal com consistência jurisprudencial tem sensibilidade histórica, e por isso não ignora que a interpretação está sujeita também ao desenvolvimento e à mutação.⁷⁸²

Alguém poderia argumentar que os votos, na dinâmica atual, já fazem referência a decisão anteriores da Corte. Porém, o fato é que o uso dos precedentes é ainda feito de modo assistemático e estratégico, como bem observa a doutrina:

Mas eles, em regra, não trazem informações completas, isto é, sobre o real estado da jurisprudência constitucional existente na matéria em apreciação. Não se percebe, pela leitura dos acórdãos, maior esforço dos ministros em descrever e analisar de modo sistemático a situação da jurisprudência previamente formada pelos tribunais e pelo próprio STF em torno no problema analisado. Os ministros costumam se contentar com a invocação e a transcrição de alguns casos. A ausência do relato sistemático da jurisprudência impede que ela seja conhecida tanto em relação ao que nela se contém de decisão quanto de fundamentação já usadas pelo STF.⁷⁸³

A menos que se faça esta prospecção criteriosa do passado, manter-se-á, em grande medida, a lógica aleatória e personalista que marca a dinâmica contemporânea, em que o caso presente é guiado pelas opiniões e idiossincrasias de cada Ministro, em detrimento da edificação do entendimento institucional. Tal temática é abordada por Marinoni, em obra dedicada à ética dos precedentes. Segundo o processualista, “a visão individualista e descomprometida do juiz que imagina que tem a liberdade para interpretar a lei tem nítida relação com o personalismo, claramente com a exaltação da

⁷⁸² *Ibid.*

⁷⁸³ SUNDFELD; PINTO, Três desafios para melhorar a jurisdição constitucional brasileira, p. 29.

autonomia e com a total falta de compromisso com objetivos gerais e institucionais.”⁷⁸⁴

Mas não é tudo. A investigação do repertório de precedentes demanda que a Corte pondere se, de fato, algum deles guarda correlação com o caso em mãos. É aí que se conecta o dever de fundamentação analítica prescrita o art. 489, § 1º do CPC. Segundo anotam Marinoni, Arenhart e Mitidieiro, tal dispositivo impõe que as Cortes, ao aplicar precedentes, devem observar “o *direito ao contraditório* e o *dever de fundamentação analítica*. Isso quer dizer que há dever de *debater previamente* a aplicação de um precedente a um dado caso concreto – acaso não tenha sido ainda debatido pelas partes no processo – e que o *dever de identificação precisa da identidade ou semelhança* entre os aspectos fáticos-jurídicos dos casos capazes de justificar a aplicação do precedente.”⁷⁸⁵

Por fim, ao lado dessa visão retrospectiva, é mister que a Corte concomitantemente se valha de um enfoque prospectivo, que aprecie prudentemente o caso em mãos e construa cuidadosamente a *ratio decidendi* que orientará os casos vindouros.

Afinal de contas, não se pode perder de vista que, embora a deliberação judicial seja custosa para a Corte, os benefícios que pode propiciar no longo prazo são seguramente compensadores: ora, a melhora qualitativa das decisões oriundas do debate colegiado tem a aptidão de aprimorar sua força precedental e, por conseguinte, favorecer uma cultura de compreensão e respeito aos precedentes.⁷⁸⁶ Para tanto, as fases seguintes do julgamento colegiado ganham indiscutível relevância.

⁷⁸⁴ MARINONI, **A ética dos precedentes: A justificativa do novo CPC**, p. 91.

⁷⁸⁵ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, **Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum**, p. 614.

⁷⁸⁶ FARBER; SHERRY, **Judgment calls**, p. 90–92.

6.5 A fase inicial do julgamento colegiado

Sem prejuízo de tais expedientes de ordem preliminar anteriores à sessão, com o início da sessão colegiada propriamente dita, tendo sido anunciado o feito a julgamento e concedida a palavra ao relator, é essencial que sejam, mais uma vez, delimitadas as questões submetidas à deliberação colegiada, bem como o contexto fático sobre a qual recairá a deliberação. Cabe ao relator transmitir todos os aspectos relevantes do processo, sejam fáticos e jurídicos, precisando por fim a controvérsia, de modo a cooperar para que seus pares possam participar adequadamente do debate.

Embora alguém possa argumentar que as regras processuais e a função do relatório por si só já pressuponham tais condutas, toda cautela é pouca quando se trata do julgamento colegiado numa Corte de Precedentes. A empiria demonstra que os integrantes da Corte podem ter diferentes percepções a respeito do que está sendo decidido e de como decidir. Se não há como impedir a pluralidade de soluções para determinado problema (como decidir), ao menos é fundamental que haja um acordo a respeito do que está sendo decidido (o que decidir). Por isso, a demarcação das questões objeto da deliberação é crucial. Nessa linha, como bem registra Barbosa Moreira,

num determinado instante do procedimento de votação, os pronunciamentos de todos os votantes hão de ter idêntico objeto, sob pena de somarem-se quantidades heterogêneas, o que não permite chegar a nenhuma conclusão válida. Ou todos estão se manifestando acerca da preliminar, ou todos acerca do mérito. Não é concebível que, na mesma etapa, um (ou alguns) votem quanto à preliminar e outro (ou outros) quanto ao mérito.⁷⁸⁷

Nesse cenário, a postura do Presidente é indispensável para a adequada condução da deliberação, assim como para a direção das etapas do julgamento, de modo a corrigir desvios de rotas ou tergiversações sobre aspectos irrelevantes.⁷⁸⁸ Compete a ele, ajudando ao relator, abrir a discussão dos casos,

⁷⁸⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Direito Aplicado II, p. 126.

⁷⁸⁸ Art. 13, II, do Regimento Interno do STF.

delimitando os fatos e a questão nodal a ser debatida, além de apresentar suas conclusões.⁷⁸⁹ É o que destaca Barbosa Moreira ao enfatizar o papel do Presidente na explicitação da matéria a ser deliberada:

compete ao presidente indicar ao colegiado a matéria que, em determinado momento, se encontra em discussão ou vai ser objeto de deliberação. Inclui-se nessa competência o mister de submeter especificadamente aos votantes cada uma das preliminares acaso suscitadas (ou suscitáveis pela própria presidência) e velar para que não se misturem umas com as outras, nem, *a fortiori*, qualquer delas com o mérito. Eventuais descuidos ou equívocos do presidente a tal respeito geram mal-entendidos e confusões suscetíveis de tumultuar o julgamento e comprometer de forma irremediável a exatidão do resultado.⁷⁹⁰

Com isso, ao fim dessa etapa, espera-se que os julgadores encontrem-se satisfatoriamente informados a respeito das nuances do caso, da moldura fática e, por fim, que a questão fulcral submetida à Corte esteja devidamente delimitada.

6.6 Deliberação e a formação do raciocínio decisório

Tendo sido demarcada a moldura fática e a questão a ser decidida, bem como concluída a fase de sustentação oral (da qual já se tratou no item 4.2.4), é a partir daí que se inicia a fase da deliberação colegiada por excelência.

O objetivo desta fase consiste em permitir as potenciais soluções sejam ventiladas e discutidas pelo colegiado, bem como a adequação de cada uma delas seja criteriosamente sopesada, a fim de que, ao final, a decisão colegiada seja tomada.

Nessa dinâmica, duas atividades primordiais devem ser levadas a efeito: há tanto o processo de tomada de decisão coletiva (*decision-making process*) quanto o processo de justificativa dos fundamentos que dão amparo à

⁷⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel Francisco, **Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum**, São Paulo: RT, 2015, p. 614.

⁷⁹⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado, **Caderno de Doutrina e Jurisprudência da Ematra XV**, v. 1, n. 3, p. 79–89, 2005, p. 162–163.

decisão (*process of justification*). Aldisert *et al* assinalam para um aspecto do direito norte-americano que é negligenciado pela prática nacional: o processo de justificativa não pode ser prévio à tomada de decisão colegiada. Por isso, apenas pode se cogitar a justificativa da decisão institucional (e não individual) após a deliberação e simultânea ou subsequentemente à tomada decisão.⁷⁹¹

Cabe, nesse passo, analisar as formas de estimular e ordenar a condução da deliberação, pois a interação argumentativa do colegiado é o momento para se perseguir com maior ênfase o benefício epistêmico da deliberação.⁷⁹²

No item 4.2.5 *supra*, sob um enfoque mais descritivo, tratou-se de analisar a deliberação no STF neste momento específico do procedimento. Viu-se que o modelo de interação do colegiado é disciplinado pelo Código de Processo Civil e por seu Regimento Interno, mas não integralmente.

Ao mesmo tempo em que codificam certos aspectos da deliberação, as normas processuais e regimentais deixam outros tantos livres, permitindo, assim, que certas práticas ocupem o vazio normativo. De um modo geral, ultrapassada a leitura do relatório e encerrada a sustentação oral, o art. 941 do CPC estabelece que, depois de proferidos os votos, o Presidente proclamará o resultado do julgamento e designará o relator na função de redator do acórdão, exceto quando este for vencido, hipótese em que a redação será atribuída àquele que enunciou o primeiro voto vencedor.

O Código de Processo Civil, como se pode constatar, trata diretamente dos votos, omitindo-se a respeito de como deve desenvolver-se a discussão no colegiado, o que acaba por sinalizar uma desvalorização de tal momento.

⁷⁹¹ ALDISERT, Ruggero J.; RASCH, Meehan; BARTLETT, Matthew P., Opinion writing and opinion readers, **Cardozo Law Review**, v. 31, p. 1–43, 2009, p. 13–14.

⁷⁹² “At the decisional moment, an argumentative interaction in the search of an institutional opinion, rather than mere non-deliberative aggregation, is more likely to reach a fine-tuned decision and to let a transparent construction of the disagreements that genuinely remain. Premise-unveiling, creativity-sparkling, and truth-seeking (...) are more likely to result from collegial engagement than from alternative aggregating techniques.” (MENDES, **Constitutional courts and deliberative democracy**, p. 114).

Logo, a deliberação acaba sendo relegada à prática ou à eventual disciplina outorgada pelos regimentos internos de cada Corte. No STF em particular, consoante já registrado, o art. 133 do Regimento Interno busca regular a discussão entre os Ministros, concedendo a cada um deles o direito de falar duas vezes no âmbito da deliberação colegiada e mais uma terceira acaso precise explicar eventual alteração no seu voto inicial,⁷⁹³ algo semelhante do que acontece na dinâmica deliberativa da Suprema Corte dos Estados Unidos.⁷⁹⁴

O art. 135 do Regimento Interno estabelece que a tomada dos votos inicia-se após “concluído o debate oral”.

No entanto, em que pese a norma regimental demonstre o intento de regular a deliberação intramuros e, para além disso, pressuponha rodadas rodada de discussão entre os julgadores, o acompanhamento das sessões de julgamento do Plenário demonstra que tal norma não é observada e tampouco necessária no atual arranjo decisório. A realidade demonstra que, com a leitura do relatório pelo Ministro relator, seguida da sustentação oral e da eventual intervenção Procurador-Geral da República, passa-se diretamente à tomada dos votos do colegiado, começando com o relator, seguido do revisor, se houver, e dos demais Ministros, na ordem inversa de antiguidade (art. 135).

Com esse procedimento, recai-se na já apontada prática de decidir antes de deliberar. Tal costume, porém, vai de encontro ao que se espera de uma Corte deliberativa.

Ora, quando se pensa no propósito maior de um órgão colegiado (movido pela lógica epistêmica de que duas cabeças pensam melhor que uma), não há sentido em assentir que os votos sejam proferidos de imediato, antes de levada a efeito a apresentação das potenciais soluções para o caso em julgamento e sua minuciosa discussão. Todavia, na praxe atual, os Ministros

⁷⁹³ “Art. 133. Cada Ministro poderá falar duas vezes sobre o assunto em discussão e mais uma vez, se for o caso, para explicar a modificação do voto. Nenhum falará sem autorização do Presidente, nem interromperá a quem estiver usando a palavra, salvo para apartes, quando solicitados e concedidos.”

⁷⁹⁴ V. Cap. 3

declaram publicamente sua posição, segundo a ordem sequencial prevista no Regimento Interno, sem ter conhecimento da posição dos demais membros do colegiado - exceto, obviamente, o membro mais antigo, que será o último a votar.

Conquanto os Ministros possam alterar seu voto até a proclamação do resultado pelo Presidente (art. 941, §1º, do CPC), o fato é que, na dinâmica vigente, marcada pelo personalismo do agir judicial e pela extrema publicidade da sessão de julgamento, tal evento é pouco provável, pelos motivos já expostos no item 4.2.5.

Portanto, no intuito de buscar soluções é preciso compreender que, no contexto decisório de uma Corte de Precedentes, a deliberação deve passar pelo isolamento de um conjunto de soluções para o problema, mas sempre envolve ainda a análise do problema, especificação de critérios de decisão e, finalmente, o julgamento.⁷⁹⁵

Para que isso seja factível, a primeira, e certamente mais simples, solução, estruturada de *lege lata*, envolveria essencialmente observar um procedimento nos moldes do art. 133 do Regimento Interno, de sorte a se promover rodadas de deliberação *antes* da votação.⁷⁹⁶ Ocorre que tal regra - que se assemelha àquelas empregadas na organização da ordem de trabalho de uma assembleia - é geralmente olvidada, passando-se desde logo à colheita seriada dos votos, o que acarreta, como já anotado, um total desperdício do potencial deliberativo da Corte e a hipervalorização da vontade individual em detrimento da manifestação institucional.

Nessa ordem de ideias, como obtempera Conrado Hübner Mendes, se o sentido de deliberar no âmbito intramuros é, mais do que qualquer outro, o de

⁷⁹⁵ Para uma visão mais ampla da deliberação em pequenos grupos, v. BURKHALTER, Stephanie; GASTIL, John; KELSHAW, Todd, A conceptual definition and theoretical model of public deliberation in small face-to-face groups, **Communication Theory**, v. 12, n. 4, p. 398-422, 2002.

⁷⁹⁶ Art. 133. Cada Ministro poderá falar duas vezes sobre o assunto em discussão e mais uma vez, se for o caso, para explicar a modificação do voto. Nenhum falará sem autorização do Presidente, nem interromperá a quem estiver usando a palavra, salvo para apartes, quando solicitados e concedidos. Parágrafo único. Os apartes constarão do acórdão, salvo se cancelados pelo Ministro apartante, caso em que será anotado o cancelamento.³

que a instituição venha a se beneficiar de seu potencial epistêmico, age em desacordo com a virtude da colegialidade aquele julgador que, “apesar de cuidadosamente estudar o caso, elaborando fundamentos bem ponderados para decidir, não se sente responsável por interagir e se comunicar com seus colegas.”⁷⁹⁷

Essa tomada de consciência quanto às virtudes éticas da deliberação - que abrangem não só a colegialidade, mas também a modéstia cognitiva, a ambição cognitiva e a empatia - não é conquistada, todavia, meramente por alterações procedimentais. A incorporação da ética da deliberação depende da internalização da missão institucional da Corte pelos julgadores,⁷⁹⁸ ao passo que ao procedimento, por se tratar de mera técnica, cabe criar o terreno oportuno para deliberação.

Por isso, nesse passo, seguindo a ordem regimental, o relator deve apresentar a sugestão de solução para o problema (podendo, como já dito, ser mais de uma), seja por intermédio de uma proposta de voto (como é de praxe) ou não, mas sempre sob a forma de um convite à deliberação e não à simples adesão a um posicionamento irretratável. O projeto redigido pelo relator deve ser, portanto, encarado como um subsídio para alimentar a deliberação e não uma justificativa pronta e acabada de seu posicionamento.⁷⁹⁹

Seu papel aqui é o de liderar o colegiado na busca da melhor solução para determinado problema e não a de demarcar sua opinião. É certo que quando se fala em solução pensa-se aqui tanto no resultado que constituirá o dispositivo quanto nas razões de decidir que perfilham seu posicionamento.

A partir disso, na ordem regimental e sem interrupções desnecessárias, a cada Ministro deve ser dada à oportunidade de manifestar-se, a fim de que todos possam lançar à discussão potenciais solução para o tema a ser decidido

⁷⁹⁷ “Collegiality, therefore, is clearly at odds with a judge that, despite carefully studying the case and elaborating well-reflected reasons to decide, does not feel any responsibility to interact and communicate with his colleagues.” (MENDES, **Constitutional courts and deliberative democracy**, p. 130).

⁷⁹⁸ Sobre as virtudes deliberativas, v. *Ibid.*, p. 123–141.

⁷⁹⁹ Afinal de contas, em tese, nada impede que o próprio relator, no curso da deliberação, venha a alterar seu entendimento.

ou mesmo possam compartilhar dúvidas ou incertezas quanto à adequação da proposta do relator.

6.6.1 A deliberação sobre as questões preliminares

A primeira questão, porém, é deliberar e decidir a respeito de questões preliminares porventura existentes. Portanto, uma primeira rodada deliberativa deve ser dedicada ao isolamento e exame de questões preliminares, na forma do art. 938 do Código de Processo Civil e do art. 136 do Regimento Interno do STF. Há muito Barbosa Moreira apontara para a problemática da técnica de julgamento colegiado, que, se não bem compreendida, ocasiona a confusão entre questões heterogêneas. Como elucida o processualista, os membros do colegiado devem pronunciar-se a respeito da mesma matéria, “ou a mesma preliminar, ou o mesmo aspecto do mérito.”⁸⁰⁰

Desse modo, a primeira atribuição do Presidente é, antes de permitir o desenvolvimento da discussão sobre o mérito, a de questionar o colegiado sobre questões preliminares, que, após isoladas e debatidas, devem ser imediatamente votadas, sendo que cada uma delas - supondo existirem mais de uma - de modo separado.⁸⁰¹

Novamente nas palavras de Barbosa Moreira, “há de se observar-se a ordem lógica: o de juízo de admissibilidade, preliminar ao mérito, deve por força precedê-lo.” Logo, “somente se (e depois que) o tribunal resolve conhecer do recurso é que pode passar a averiguar se o recorrente tem ou não razão na crítica feita à decisão recorrida, ou seja, se o recurso é fundado ou infundado (para dar-lhe ou negar-lhe provimento).”⁸⁰²

⁸⁰⁰ BARBOSA MOREIRA, Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado, p. 239.

⁸⁰¹ Com ênfase explica Barbosa Moreira: “Mas entra pelos olhos que não faz sentido a colheita simultânea de votos, quanto a parte do colegiado, sobre questão preliminar, e, quanto a outra parte, sobre o mérito do recurso. O presidente da sessão que assim aja viola a lei, antes dela o bom senso.” (*Ibid.*, p. 293).

⁸⁰² BARBOSA MOREIRA, José Carlos, Que significa “não conhecer” de um recurso?, *in*: **Temas de direito processual civil**, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 194.

É possível que o relator já a tenha identificada e, portanto, a discussão já se abra a respeito da preliminar, mas também pode ocorrer que algum outro membro do colegiado venha a suscitá-la. Se isso vier acontecer, é pouco proveitoso que, após alguns ministros já terem iniciado o debate do mérito, segundo a ordem regimental, chegue a vez de um deles que, então, suscita a questão preliminar. Cabe ao Presidente, nesse caso, suspender a deliberação sobre o mérito para que seja iniciada a discussão sobre a preliminar.⁸⁰³ Se a preliminar vier a ser acolhida, o debate sobre mérito sucede em vão; por sua vez, se a preliminar após debatida e votada, vier a ser rejeitada, na melhor das hipóteses, causa-se uma descontinuidade no raciocínio que se desenvolvia a respeito do mérito.⁸⁰⁴

Mais agrave ainda é a situação antes registrada por Barbosa Moreira, em que não se segrega a questão preliminar do mérito, discutindo-se e colhendo-se os votos simultânea e inadvertidamente a respeito de questões heterogêneas. Como anota o processualista, nem sempre, todavia, “todos os votantes se mostram inteiramente atentos a essa necessidade, e nem sempre toma o presidente da sessão a iniciativa de assegurar ou restabelecer a ordem. É descuido de que podem decorrer grandes e inúteis complicações.”⁸⁰⁵

Por isso a necessidade de se respeitar a antecedência da deliberação sobre as preliminares.

6.6.2 A deliberação sobre o mérito

Superada a questão da admissibilidade, o Presidente passa então a conduzir a discussão do mérito.

⁸⁰³ BARBOSA MOREIRA, Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado, p. 294.

⁸⁰⁴ Elucida, Barbosa Moreira que, “se maioria acolher a preliminar encerra-se com isso o julgamento, negando-se conhecimento ao recurso; no caso contrário, o julgamento prossegue, para apreciação do mérito, e de novo é mister colher os votos de todos os membros do colégio, sem exceção daquele (s) que porventura se haja (m) manifestado pelo acolhimento da preliminar, consoante estabelece o art. 561 do Código.” (*Ibid.*, p. 292–293).

⁸⁰⁵ *Ibid.*, p. 293.

No intuito de fomentar a deliberação, cabe aqui a exposição pelo colegiado de todas as potenciais soluções para o caso (complementando, portanto, o exame do relator), das razões que lhe sustentam, além do exame rigoroso de suas consequências.⁸⁰⁶

Evidentemente que aqui se cogita que os fundamentos que venham a ser ventilados estejam a dar tratamento à mesma causa de pedir. Se, por exemplo, a ação direta de inconstitucionalidade envolver a discussão sobre as normas x, y e z. O exame de cada uma delas deve ser feito em etapas e separadamente, sob pena de discutir-se e, ao final, votar-se indistintamente em questões constitucionais heterogêneas. Supondo a participação dos onze Ministros no julgamento, se seis deles entendem que a norma x é inconstitucional, cinco julgadores compreendem que a norma y é inconstitucional e dois que a norma z é inconstitucional, não se pode somar tais votos para o fim de concluir que houve votos suficientes para declarar a inconstitucionalidade das referidas normas.

Como parece óbvio, apenas a norma x foi considerada inconstitucional (já que teve o voto de seis ministros), ao passo que a norma y foi considerada constitucional por seis ministros e a y por nove ministros.

Logo, examinadas separadamente cada uma das questões constitucionais, fica claro que, por maioria, a ação deve ser julgada parcialmente procedente para fins de reputar a norma x inconstitucional e rejeitar os outros dois pedidos de inconstitucionalidade.

Imprimindo solidez ao argumento, veja-se o ensinamento de Marinoni:

Para evitar o provimento de recurso com base em votos que afirmam violação de normas diferentes, não só é preciso definir, no início do julgamento, as alegações de violação de norma que serão objeto da discussão, como também é necessário votar cada uma delas em separado. Mediante a técnica da votação em separado, tendo cada um dos julgadores que votar sobre a violação de uma

⁸⁰⁶ A propósito, v. o ensaio de Sundfeld sobre o ônus da competência e regulador do STF: SUNDFELD, Carlos Ari Vieira, Princípio e preguiça, *in*: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada, **Direito e interpretação: racionalidade e instituições**, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 288–305.

específica norma, elimina-se a possibilidade de a norma ser considerada apenas por um ou alguns julgadores e, mais importante do que isso, tem-se um retrato do colegiado a respeito da afirmada violação da norma, imprescindível para que se chegue a um resultado que declare a violação ou não da norma.⁸⁰⁷

Questão distinta, da qual se tratará mais adiante, diz respeito aos fundamentos adotados pelo colegiado para se decidir a respeito da constitucionalidade ou não da norma. Pode suceder que, a despeito de a maioria absoluta do colegiado decidir por determinado resultado (p. ex.: declarar a norma x inconstitucional), a fundamentação para tanto não seja sufragada pela maioria, mas divide-se entre opções decisórias variadas, o que trará impacto na formação do precedente.

Por ora, porém, basta ter em mente a advertência de que todos os membros do colegiado devem estar-se pronunciando a respeito da matéria, independentemente dos fundamentos propostos para resolver cada uma delas. Como bem adverte Barbosa Moreira, contanto que se trate “da *mesma* questão, não é necessário que os juízes em maioria tenham invocado o fundamentos iguais para se pronunciarem.”⁸⁰⁸

Por isso, é encargo do Presidente indicar ao colegiado a questão que se encontra em discussão ou que será objeto de deliberação, sobretudo quando há alegação de violação de mais de uma norma.

6.6.3 A deliberação sobre os precedentes

Compete ainda ao colegiado o dever de dar tratamento sistemático e integral a precedentes que o relator e os interlocutores da Corte tenham deixado de mencionar, a fim de evitar o menosprezo pelo passado do próprio Tribunal.

Aspecto crucial a ser ora enfatizado decorre do alerta registrado no item 4.3.2, em que se demonstrou a prevalência da racionalidade advocatícia,

⁸⁰⁷ MARINONI, **Julgamento nas Cortes Supremas: Precedente e decisão do recurso diante do novo CPC**, p. 120.

⁸⁰⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, **Comentários ao Código de Processo Civil - v. V**, Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 486.

notada quando os julgadores empregam fundamentos, citam trechos doutrinários e referem-se a decisões anteriores de forma aleatória e estratégica, mencionando apenas aquelas que confirmem sua linha argumentativa e não de modo a reconstruir racionalmente um percurso argumentativo, que conecta a decisão de hoje com a corrente de precedentes já produzidos pela Corte.

Dentro de tal lógica, pouco se preocupam os Ministros com a análise sistemática dos precedentes eventualmente existentes. Não se dá, portanto, atenção ao estado atual dos precedentes constitucionais da própria Corte. Nessa linha, demonstra-se justamente a falta uma “*síntese confiável*” do estado atual da jurisprudência do STF:

A ausência, muitas vezes, de síntese orgânica do estado da jurisprudência nos acórdãos do STF parece ter ligação com certa característica quanto ao uso dos precedentes pelos seus ministros. A leitura dos votos dos ministros do STF mostra que a invocação de precedentes judiciais não costumam ser feita com o objetivo de avaliar a ação em julgamento dentre uma corrente jurisprudencial, mas, sim, de utilizá-los como elementos de reforço argumentativo dentro da estratégia de decisão escolhida pelo voto.⁸⁰⁹

Ao se tomar consciência dessa carência, é preciso que a deliberação seja usada como ocasião para que a Corte possa coletiva e criteriosamente discutir sobre o modo de valorizar e manter uma interpretação contínua e racional da Constituição. É crucial, em outras palavras, que a Corte outorgue “tratamento sistemático, orgânico, completo, da jurisprudência na fundamentação de novas decisões”.⁸¹⁰

A deliberação revela-se uma ferramenta basilar para atenuar o uso estratégico e aleatório de precedentes da Corte, que marca a lógica advocatícia e contribui para a criação das zonas de autarquia, na medida em que exige dos Ministros o dever de compartilhar previamente e submeter ao escrutínio de seus pares a informação sobre os precedentes que reputam adequados para solucionar o caso em mãos. A deliberação, portanto, funciona não apenas como

⁸⁰⁹ SUNDFELD; PINTO, Três desafios para melhorar a jurisdição constitucional brasileira, p. 31.

⁸¹⁰ *Ibid.*, p. 30.

instância de aprimoramento epistemológico da decisão, mas como instrumento de controle do arbítrio no uso meramente estratégico dos precedentes, uma vez em que estimula que o conjunto da jurisprudência da Corte seja tomado em consideração independentemente do resultado que determinado voto busque sustentar.

6.7 As rodadas de deliberação

Retomando o tema das rodadas de deliberação iniciais, é preciso frisar que não há nesta etapa a necessidade de se lançarem conclusões a respeito da concordância ou não com o voto do relator,⁸¹¹ uma vez que todos merecem ser ouvidos - e, mais relevante ainda, todas as virtuais soluções ventiladas - antes que se decida em definitivo. Tal aspecto é relevante, pois se observa em muitos acórdãos do STF que os votos proferidos ao início acabam sendo alterados na medida em que os demais Ministros se pronunciam, demonstrando a importância de se deliberar antes de decidir.

A questão é bem posta por Robert Leflar, em seu estudo sobre o “*multi-judge decisional process*”, no qual sustenta que o voto sobre o mérito não merece ser feito até que todos os juízes tenham tido a oportunidade de expressar sua visão sobre o caso. Ainda que, ao expor sua perspectiva e a argumentação que lhe embasa, possa-se entrever seu entendimento sobre a disposição do caso, o fato é que “nenhum juiz deveria comprometer um voto conclusivo antes de ouvir a fundamentada análise de cada um dos demais juízes.”⁸¹²

Imprimindo solidez a esta perspectiva, Robert Goodin alerta para o fato de que a deliberação configura, antes de mais nada, um procedimento de descoberta e expansão do repertório de opções decisórias (*discovery process*).

⁸¹¹ Ainda que esteja propenso a seguir o relator, a virtude deliberativa da empatia demanda a disposição para ouvir e assimilar para diferentes pontos de vista. Por isso, mais adequado seria se cada ministro aguardasse a divulgação de todas as potenciais soluções antes de se posicionar.

⁸¹² LEFLAR, The multi-judge decisional process, p. 726.

Como registra o autor, se as opções adequadas não estiverem claramente dispostas no repertório, não há como os deliberadores as escolherem.⁸¹³

Assim, mesmo que o julgador esteja propenso a seguir o relator, a virtude deliberativa da “empatia” e da “modéstia cognitiva” demandam, respectivamente, a abertura para assimilar atentamente diferentes pontos de vista e a disposição do julgado em renunciar às suas convicções individuais quando confrontado com melhores argumentos.⁸¹⁴

Justamente por isso, mais adequado seria se cada ministro reservasse sua conclusão e aguardasse a divulgação de todas as potenciais soluções antes de se posicionar.⁸¹⁵ Aliás, mesmo o relator - que, teoricamente, é o membro do colegiado que mais se aprofundou no exame do caso - deve perseguir a virtude da modéstia cognitiva e, portanto, abrir mão de sua posição inicial caso se depare com uma solução mais adequada.

É evidente que as rodadas de deliberação podem ser deixadas de lado quando logo em seu primeiro ciclo restar evidente que há consenso em torno do posicionamento do relator.⁸¹⁶ Afinal de contas, nem todo caso reivindica detida

⁸¹³ Segundo Goodin, “the prime determinant of whether or not they reach the correct answer (even where the assumptions of the Condorcet Jury Theorem are satisfied, and there is a correct answer to be found) is whether or not the correct answer actually appears on the menu for choice. And wide-ranging discussion is a good way to get a wide range of options on the agenda, even if groups have in the end to choose between them purely by voting.” (GOODIN, Robert E., **Innovating democracy: democratic theory and practice after the deliberative turn**, Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 123).

⁸¹⁴ É o que explica Mendes: “Deliberation assumes its participants do not stick to their pre-deliberative dispositions and are not too self-assured about conclusions individually reached. Deliberators, therefore, make themselves vulnerable to the scrutiny of their fellow colleagues. Modesty is often what persuasion and mutual concessions logically and morally entail. Cognitive modesty exhorts judges to investigate deeply what they share and to clean up their misunderstandings, to take each other’s opinions seriously and exercise, to the limit, the method of self-doubt. Judicial deliberation requires, apart from the virtue of “judicial intelligence,” that is, the appropriate intellectual equipment to understand and to cope with legal complexity, an unassuming attitude towards knowledge itself. The character and role of modesty resembles the notion of “interpretive charity”: its point is not to “pay homage, deference or respect to our interlocutors,” but rather to inspire a constructive attitude for the acquisition of insight.” (MENDES, **Constitutional courts and deliberative democracy**, p. 134).

⁸¹⁵ LEFLAR, The multi-judge decisional process, p. 726.

⁸¹⁶ Consoante explica Hansen, “without divergent views there would be no need for deliberation.” (HANSEN, **Deliberative democracy and opinion formation**, p. 101).

deliberação, seja porque é relativamente fácil, seja porque a deliberação já foi levada a efeito analítica e extensivamente em caso anterior, produzindo um precedente.⁸¹⁷ Todavia, mesmo nos casos de menor complexidade um mínimo de conhecimento a respeito do que está sendo levado a julgamento é imprescindível para que o colegiado possa ao menos ponderar se a questão merece ser submetida a uma deliberação mais rigorosa ou não.⁸¹⁸ Questões que não provoquem maior divergência dentro do colegiado, por exemplo, dispensam ampla deliberação.⁸¹⁹

Não sendo este o caso, concluída as rodadas de deliberação entra em jogo novamente a figura do Presidente, que deve, então, rearticular o debate de acordo com as alternativas decisórias que porventura tenham emergido do debate colegiado e, à luz dessa novel configuração, submetê-las ao debate.

Melhor explicando: suponha-se que, em dado caso, além do posicionamento do relator, um Ministro apresente uma alternativa concorrente, isto é, que, embora conduza ao mesmo resultado, decorra de distinta fundamentação. Um terceiro Ministro aponte diversa linha de entendimento ao invocar um precedente da Corte, cuja *ratio decidendi* merece ser aplicada para resolução da questão atual, mas que foi desconsiderado pelo relator. Finalmente, um quarto Ministro apresenta posicionamento divergente.

Em um cenário de fracionamento da Corte, cabe ao Presidente, então, valendo-se de seu poder-dever de condução do julgamento, dar início à nova rodada de deliberação, readequando a discussão em torno das quatro alternativas decisórias (as três concorrentes e aquela divergente) e não mais

⁸¹⁷ Ou seja, a maioria do colegiado erigiu uma *ratio decidendi* que pode ser empregada no caso futuro.

⁸¹⁸ Veja-se, por exemplo, o julgamento da ADI 3745, que deu provimento à ação para declarar inconstitucional dispositivo de Lei do Estado de Goiás que autorizava a nomeação, por agente público, de até dois parentes de autoridades, além do cônjuge do chefe do Poder Executivo, para cargos em comissão ou função gratificada. Bastou que o relator, Min. Dias Toffoli, brevemente relatasse do que se tratava a ação e da óbvia inconstitucionalidade do preceito para que o colegiado a ela aderisse sem quaisquer delongas. O caso notoriamente não exigia maior deliberação. (STF, ADI 3.745, Plenário, rel. Min. Dias Toffoli, j. 15.05.2013, DJe 31.07.2013)

⁸¹⁹ É justamente por isso que certas normas processuais outorgam a possibilidade de que certas questões sejam julgadas monocraticamente ou em órgão fracionados.

apenas em torno da visão do relator.⁸²⁰ Na perspectiva ora sustentada, o debate, portanto, amplia-se, indo além do costumeiro binômio “acompanho o relator” ou “divirjo do relator”.

Logo, ainda que se possa decidir o recurso ou ação sem que seja decidida em separado cada uma das linhas argumentativas que surjam ao longo da discussão colegiada, numa Corte de Precedentes o isolamento e a discussão meticulosa de cada fundamento é crucial, porquanto “os fundamentos, por estarem sempre relacionados a uma potencial *ratio decidendi*, devem ser discutidos de modo aprofundado para estimular e propiciar o consenso, capaz de fomentar a unanimidade ou ao menos a maioria indispensável à fixação da *ratio*.”⁸²¹

Deve-se, portanto, em hipóteses como a tal, e nos limites do possível, estimular a busca do consenso antes de se passar à votação.

A depender da habilidade e liderança do Presidente, da disposição do colegiado e do tema em jogo, soluções consensuais ou menos fragmentadas podem ser alcançadas.⁸²² Mais uma vez, entra em cena a virtude da colegialidade, que pressupõe a inclinação dos deliberadores para considerar as diferentes visões, compreendê-las, desafiá-las e, idealmente, harmonizá-las de modo a se obter uma solução consensual.⁸²³

A colegialidade, com efeito, reconecta o juiz à instituição e enfatiza sua responsabilidade institucional, lembrando-o precisamente da necessidade

⁸²⁰ A questão, como parece claro, ainda está no plano da deliberação sobre as razões que permitem solucionar o caso.

⁸²¹ MARINONI, **Julgamento nas Cortes Supremas: Precedente e decisão do recurso diante do novo CPC**, p. 121.

⁸²² No direito norte-americano, é comum a referência aos *Chief Justices* que tiveram a destreza de fomentar a união da Corte e aumentar o volume de decisões consensuais, tal como John Marshal.

⁸²³ A propósito, com razão Conrado Hübner Mendes: “One deliberates because, before voting and unilaterally enforcing the majority position, she wants to convince her opponent that she is right, or to be convinced that she is wrong. More modestly, they want to know why they think differently and why they disagree, despite still nurturing respect for each other and sharing enough common ground to be fellow members of the political community. It is a public manifestation of their fellowship, an acknowledgement that they are inside the boundaries of a political community.” (MENDES, **Constitutional courts and deliberative democracy**, p. 49).

de, em certos momentos, renunciar ao individualismo em favor de uma solução unívoca. Não se pretende sustentar, com isso, que o julgador deva abrir mão de sua posição mesmo reputando que a corrente majoritária se equivoca ou adota linha argumentativa imprecisa, mas, sim, que ele sopesse, diante das circunstâncias presentes, as hipóteses em que, para a sociedade, é melhor ver definido o sentido da lei (seja por bem ou para o mal), do que manter um estado de incerteza - que possivelmente aconteceria no caso de proferida uma decisão fragmentada. Como explica Posner, é justamente esta a diferença entre uma posição institucionalista e aquela de feição individual.⁸²⁴

Se, todavia, o consenso não for atingido, os julgadores podem ainda buscar uma alternativa intermediária, mediante um compromisso colegiado fundado em princípios.⁸²⁵

Nada obstante isso, se após a criteriosa consideração, avaliação e discussão colegiada, posicionamentos concorrentes e divergentes restarem inconciliáveis, é preciso reconhecer que a deliberação encerra limitações.⁸²⁶

Robert Goodin consigna que, após a rodada de apresentação de informações na ordem sequencial, pode suceder que novas interpretações

⁸²⁴ POSNER, *The federal courts*, p. 357.

⁸²⁵ MENDES, *Constitutional courts and deliberative democracy*, p. 131.

⁸²⁶ “Yet another aspect of the opinion formation is that in the process of deliberation, the participants are forced to articulate their views and listen to other views. Such an articulation may potentially clarify personal opinions and may even create a more consistent and coherent set of opinions in the process in which the participants try to justify their views. By arguing on these grounds it is also an implicit part of the theory of deliberative democracy that before engaging in a deliberative process of some kind, many individuals do not have a well-ordered preference structure. As individuals might very well not have opinions on many of the issues which are on the agenda for deliberation, and, secondly, if pre-deliberative opinions exist, they might very well be incoherent, inconsistent, and intransitive. However, deliberative democracy claims that through deliberation individual opinions will improve the ‘quality’ of the individuals’ opinions in the sense that post-deliberative opinions are likely to be more consistent and, thus, for one thing not in conflict with each other. From a social choice perspective, the improvement of opinion ‘quality’ has been advance in the discussion of deliberative democracy. In particular the problem that the voters’ most preferred alternative among a set of alternatives depends on the different ways of aggregating the voters’ preferences has lead some social choice theorists to promote deliberative democracy. In some social choice accounts no rule of aggregating preferences is obviously rational and fair and every rule is liable to strategic behavior, but if deliberation is able to increase the individuals’ ability to rank the alternative into coherent patterns and to exclude the alternatives which nobody likes the choice of decision rule becomes less complex.” (HANSEN, *Deliberative democracy and opinion formation*, p. 100–101).

emergjam, demandando mais uma rodada de debate. A forma de reconduzir a discussão sempre demandará a prudência do Presidente.

No entanto, pode acontecer que o repertório de argumentos (ou de opções decisórias, como se tem dito até agora) já esteja suficientemente claro e nada mais haja para se acrescentar. É o momento que a deliberação deve ser encerrada.⁸²⁷

Ao cabo disso, ou se já antevê um consenso entre os membros do colegiado, tornando a tomada de decisão menos complexa, ou, ao contrário, se constata uma fragmentação do colegiado em torno de opções decisórias distintas a respeito da mesma questão.⁸²⁸

Vale dizer, quando a resolução consensual não é atingida, há que se partir para a agregação das posições individuais, mediante a votação, mas sempre de acordo com as opções decisórias que emanaram da deliberação e que merecem ser rearticuladas pelo Presidente. Logo, ao Presidente cabe, diante desta nova configuração, delimitar as alternativas decisórias que despontaram do debate, a fim de conduzir a colheita dos votos.

6.8 O caráter antideliberativo do pedido de vista

Como se sabe, tanto o Código de Processo Civil (art. 940) quanto o Regimento Interno do STF (art. 134) permitem que o juiz peça vista dos autos quando não se sentir habilitado a proferir prontamente o seu voto e reputar necessário examinar mais minuciosamente os autos, a fim de esclarecer algum ponto. Técnica e procedimentalmente, essa é a única função do pedido de vista: permitir que determinado julgador peça a suspensão temporária do curso do julgamento colegiado, para o fim de estudar isoladamente os autos.

De plano, já se nota que tal mecanismo tem impacto na deliberação judicial pelo simples fato de sustá-la temporariamente.

⁸²⁷ GOODIN, *Innovating democracy*, p. 121–122.

⁸²⁸ EDWARDS, *The effects of collegiality on judicial decision making*, p. 1660.

Alguém poderia defender o caráter benéfico do pedido de vista, na medida em que se outorga ao julgador a faculdade de aprofundar-se sobre o caso e, na sequência, de proferir voto que é fruto de maior reflexão e aprimoramento. Do mesmo modo, poder-se-ia sustentar que o pedido de vista não traz qualquer prejuízo à deliberação, uma vez que ele encontra limitação temporal. Logo, sob esta perspectiva, passado esse lapso, a discussão colegiada seria retomada.

No entanto, a realidade demonstra um quadro muito mais preocupante.

Embora, o Código de Processo Civil estipule um prazo de 10 dias para a vista, o fato é que, no STF, a Resolução n. 278/2004 (que regulamenta o art. 134 do Regimento Interno), define que o prazo de vista é de 10 dias, que fica prorrogado automaticamente por mais 10 dias, podendo, finalmente, ser renovado por mais 10 dias, desde que justificado. Findo tal prazo, o “julgamento prosseguirá na segunda sessão ordinária que se seguir a devolução, independentemente da publicação”.⁸²⁹

Se a possibilidade de tal prazo (30 dias, mais a espera da segunda sessão posterior ao retorno dos autos) já seria prejudicial à deliberação, o fato é que nem mesmo tal prazo é respeitado. Dados estatísticos dão conta de que 80 por cento dos pedidos de vista não são retornados no prazo regimental, sendo que a média da duração dos pedidos em atraso é de estarrecedores 443 dias.⁸³⁰ Como não há qualquer sanção para a hipótese de desrespeito ao prazo, a prática do pedido de vista é largamente utilizada no STF.

Levando tal número em conta, é mais do que óbvio que, ao se retomar uma discussão quase um ano meio depois de interrompida, poucos recordar-se-ão do caso, muito menos do que foi deliberado até aquele momento, além de se correr o risco de que a composição da Corte tenha se alterado.

⁸²⁹ Embora o art. 134 apenas estipule o seguinte prazo: “Se algum dos Ministros pedir vista dos autos, deverá apresentá-los, para prosseguimento da votação, até a segunda sessão ordinária subsequente.”

⁸³⁰ FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P., **III Relatório Supremo em Números: O Supremo e o Tempo**, Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2014, p. 93.

Mas não é apenas o efeito da demora no prosseguimento do debate que causa danos à dinâmica colegiada. A rigor, há que se atentar para a feição antideliberativa e anticolegial de tal prática.

Ora, quando o Ministro pede vista para estudar os autos isoladamente, isso é um claro sintoma de que os julgadores muitas vezes comparecem ao julgamento sem ter conhecimento adequado do que está sendo julgado. A ausência de uma preparação satisfatória previamente ao julgamento conduz à necessidade individual de que o estudo seja feita durante o julgamento, à custa da continuidade da deliberação colegiada. Portanto, as partes e os demais membros do colegiado terão de suportar o ônus decorrente da ausência de uma preparação apropriada de um (ou mais de um) dos seus pares.

Por outro lado, o julgador que pede vista entende que o debate colegiado não pode ajudá-lo na compreensão do caso. Como aponta Virgílio Afonso da Silva, ao pedir vista e obstruir o debate, o julgador “está claramente reconhecendo que seus colegas ministros não podem contribuir de qualquer modo para sua reflexão sobre o caso.”⁸³¹

De fato, o pedido de vista assevera a lógica individualista do julgamento *seriatim* antes tratada. Quando pede vista, o julgador demonstra que entende o seu papel numa Corte colegiada como sendo idêntico ao papel que teria se estivesse julgando sozinho. Afinal de contas, o que faz o julgador é requerer tempo para refletir isoladamente sobre o caso e apresentar seu voto, sem que tenha que deliberar com seus pares.⁸³²

A realidade demonstra que, com o retorno dos autos e com a retomada da deliberação, o julgador profere de imediato o voto-vista, que é trazido pronto e redigido para a sessão. Logo, a reflexão levada a efeito em isolamento não é transportada para o debate com a finalidade de que haja a revelação de novos argumentos e informações; não há uma renovação do convite à

⁸³¹ DA SILVA, Deciding without deliberating, p. 572.

⁸³² MARINONI, **Julgamento nas Cortes Supremas: Precedente e decisão do recurso diante do novo CPC**.

discussão, mas, ao contrário, há a demarcação do posicionamento individual construído à margem da deliberação colegiada.

A ADI 2588 ilustra perfeitamente tal situação. Após a voto da relatora, Ministra Ellen Gracie, o segundo Ministro a votar, Nelson Jobim, requereu vista dos autos, que se estendeu por cerca de um ano. Ao proferir seu voto-vista, o Ministro trouxe redigido seu voto, de quase 100 páginas, no qual se opunha à posição da relatora.

O que chama atenção neste caso é justamente o fato de que o pedido de vista foi feito justamente pelo segundo ministro votante na ordem regimental e que, portanto, sequer podia ter ciência das possíveis ideias que ainda surgiriam no desenrolar da discussão. Sua postura não foi a de deliberar na busca da melhor solução, mas a de demarcar sua posição pessoal de forma definitiva logo de saída, sem dar atenção para as posições dos demais que ainda seriam ventiladas, o que se constata pelo extenso voto redigido isoladamente.

Do ponto de vista da teoria deliberativa e da perspectiva institucional ora acolhida, não há cabimento em tal comportamento. Decidir sem antes ouvir a posição dos seus pares é uma frontal recusa à deliberação. É o mais emblemático exemplo de um agir que não se compatibiliza em nada com uma teoria do julgamento colegiado adequada à lógica majoritária e ao postulado de que a instituição sobrepõe-se aos interesses de seus integrantes. Ademais, é a admissão de que a sessão colegiada representa um compromisso estéril.

Ora, como bem pondera o Virgílio Afonso da Silva, ao se ter em mente que os juízes podem optar por interromper a sessão em qualquer julgamento, pode-se concluir que a disposição para trabalhar como uma equipe - condição para a deliberação - é completamente inexistente.⁸³³

Evidentemente que tal disfuncionalidade da prática não pode ser admitida numa Corte que se pretende deliberativa e que se funda na ideia de que a instituição importa mais do que à individualidade dos julgadores.

⁸³³ DA SILVA, Deciding without deliberating, p. 572.

Dentro da análise aqui empreendida, é preciso que o pedido de vista seja visto como algo excepcional. É também o que sustenta Luiz Guilherme Marinoni, ao ponderar que o pedido de vista é um vestígio do modelo de Corte “que privilegiava as decisões individuais em detrimento da discussão. A decisão colegiada supõe que os julgadores estejam preparados para discutir e decidir desde o início do julgamento.”

Portanto, para que haja controle do pedido de vista, ao menos cinco diretrizes mereceriam ser observadas e orientar alterações no Regimento do STF.

Primeiramente, mereceria ser expressamente vedado o pedido de vista antes que as rodadas de deliberações tenham se desenvolvido (tal como visto no exemplo acima citado). Em outras palavras, é preciso que todos exponham seus pontos de vista e sejam compreendidos antes que um dos julgadores venha a pedir vista dos autos. Sob esta perspectiva, o pedido de vista poderia acontecer ainda na fase de deliberação, mas preferencialmente antes da votação.

Em segundo lugar, após o pedido de vista, e dentro da ideia aqui sustentada de que o julgamento deve ser precedido da adequada discussão, o Ministro que pede vista deve comunicar aos seus pares a respeito de eventuais ideias ou opções decisórias que construir em reclusão, a fim de submetê-las à discussão. Isso pode ser feito oralmente na retomada da sessão de julgamento ou mediante um memorando antecipadamente remetido aos seus pares. O pedido de vista apenas pode ser concebido como um mecanismo de alimentação do debate colegiado e não uma abertura para o agir individualista e estratégico.⁸³⁴

Em terceiro lugar, o pedido de vista deve ser sempre justificado por uma dúvida pontual. A rigor, poder-se-ia cogitar três espécies de dúvidas.

a) dúvida sobre argumentos e ideias ventilados na deliberação: se a dúvida que dá ensejo ao pedido de vista refere-se à prévia manifestação de um

⁸³⁴ O memorando não deve conter um voto pronto, mas as informações e argumentos que se pretende levar a conhecimento do colegiado.

dos julgadores, idealmente o esclarecimento poderia ser alcançado com o debate. Afinal de contas, a melhor maneira de sanar alguma incerteza seria oralmente pedir esclarecimentos daquele que ventilou o posicionamento. É esta a função primordial da deliberação e que estimula o esforço colegiado. Portanto, sem que antes se tenha tentado compreender a posição no curso da discussão, não parece justificado o pedido de vista.

b) dúvida sobre o caso: se a dúvida, por sua vez, refere-se ao caso em si, às informações constates dos autos, isso representa um sintoma do atual sistema, que acaba relegando ao relator o exame dos autos e exonera os demais de um estudo mais aprofundando do caso. Logo, o pedido de vista, nessa segunda hipótese, significa que o magistrado solicitante não pôde se preparar adequadamente para o julgamento.

Nesse particular, é preciso reconhecer que o pedido de vista apenas tem sentido em arranjos procedimentais nos quais aqueles que não funcionam como relatores podem comparecer à sessão de sustentação oral e julgamento sem ter conhecimento do que está sendo decidido.⁸³⁵

Justamente para evitar pedidos de vista prejudiciais ao andamento do trabalho foi que se sugeriu anteriormente que a Corte se valha de mecanismos preparatórios de ampliação do conhecimento, cujo mérito maior está em compartilhar adequadamente as informações do caso em mãos entre todos os julgadores, de forma a poupar o julgamento de interrupções.

Se tais medidas viessem a ser empregadas efetivamente, poderia haver uma redução dos pedidos de vista, até mesmo pelo constrangimento que seria ocasionado para o julgador que recebeu antecipadamente as informações do relator sobre o caso a ser julgado e, mesmo assim, pede vista dos autos, demonstrando não se ter preparado adequadamente.

Acresça-se a isso que, hodiernamente, mesmo a função primordial do pedido de vista (a de dar conhecimento àquele que não está a par do que se discute), tende a perder o sentido diante da gradativa substituição dos autos

⁸³⁵ Por isso, num arranjo tal como o da Suprema Corte dos Estados Unidos não se concebe tal prática, muito menos que uma sessão julgamento possa se fragmentar por anos.

físicos pelos eletrônicos, que retira do relator a exclusividade no manuseio dos autos. Em tribunais que já operam com tal tecnologia, qualquer julgador tem a possibilidade de consultar imediata e remotamente os autos, sem que haja a necessidade de requerer vista. Com isso, dúvidas mais pontuais poderiam ser rapidamente esclarecidas na própria sessão.

c) dúvida sobre o direito: nessa hipótese, apesar de conhecer o caso em pauta e ter escutado as opções decisórias lançadas pelos seus pares, o julgador não resta convencido de que as soluções ponderadas são as melhores do ponto de vista jurídico, entendendo que o caso mereça melhor reflexão. A bem da verdade, tal postura apenas tem sentido se o julgador estivesse a cogitar uma outra opção decisória para o caso, surgida a partir do que se deu no debate colegiado, mas sente a necessidade de melhor articulá-la antes de submetê-la ao escrutínio colegiado. Logo, não parece conveniente que o julgador que sequer tenha vislumbrado uma potencial solução venha a pedir vista na esperança de que venha a encontrar isoladamente uma alternativa decisória melhor. Isso representaria um menosprezo às posições até então articuladas pelos seus pares.

Dito isso e retomando as diretrizes, é fundamental, em quarto lugar, a imposição de um rigoroso controle dos prazos de vista. Encerrado o prazo, o Presidente deve determinar a inclusão automática em pauta.

Em quinto lugar, a depender da complexidade do caso, do nível de dissenso vislumbrado no transcorrer das primeiras rodadas de deliberação e de manifestações indicando o pedido de vista, o Presidente poderia simplesmente suspender o julgamento e abrir vista para todo o colegiado, estabelecendo prazo comum. Isso dependeria, porém, do efetivo emprego do processo eletrônico, cujos avanços permitiriam que todos os julgadores pudessem consultar os autos digitais simultaneamente. Isso outorgaria tempo para maior reflexão individual, mas sempre à luz do debate parcial havido. Ao se retomar o julgamento, uma nova rodada de deliberação seria levada a efeito, de modo que novas ideias e argumentos sejam ventilados.⁸³⁶

⁸³⁶ Continua a valer aqui a ideia de que não se deve decidir antes de que se encerre a deliberação.

Embora possa não ser ideal,⁸³⁷ a proposta tem o mérito de evitar o gravíssimo problema dos pedidos de vista sequenciais, que fazem que o julgamento colegiado se arraste por anos. A referida ADI 2588 representa um exemplo emblemático. A ação foi ajuizada em 2001 e julgada em 2013, contando com cinco pedidos de vista em sequência, que consumiram aproximadamente 10 anos. Quando a questão foi definitivamente julgada, a relatora, Ministra Ellen Gracie, e quatro dos Ministros votantes (Nelson Jobim, Sepúlveda Pertence, Ayres Brito e Cezar Peluso) já não integravam mais a Corte.

Algo mais relevante transparece quando analisada à composição original da Corte: dos onze Ministros que participaram da primeira sessão de julgamento em 2003, apenas três deles ainda faziam parte da Corte por ocasião do julgamento final (Gilmar Mendes, Celso de Mello e Marco Aurélio). Isso significa que, quando o último pedido de vista se encerrou e a questão foi finalmente retomada no ano de 2013, não havia como dar prosseguimento à deliberação outrora iniciada pela brutal alteração da composição do STF. Ora, os seis Ministros cujos votos estavam pendentes não poderiam dialogar com os cinco votantes anteriores que já não mais faziam parte da Corte.

Como parece óbvio, em situações como essa, a deliberação fica integralmente comprometida, o que exige o controle rigoroso dos pedidos de vista.

É preciso, por derradeiro, chamar a atenção para outra faceta nociva desse instrumento. Não bastando o seu efeito antideliberativo, o pedido de vista pode ser usado desvirtuadamente como um elemento estratégico para obstar indefinidamente o julgamento de um caso. Isso pode ser vislumbrado quando há pedido de vista dos autos durante o julgamento, mas o julgador não o devolve no prazo regimental, exercendo algo comparável a um “poder de

⁸³⁷ Afinal de contas, está-se deslocando aquilo que deveria consistir na preparação para a deliberação para o meio dela.

veto”.⁸³⁸ Independentemente da motivação por trás disso, condutas de tal ordem podem sinalizar a ação estratégica para obstruir ou retardar o julgamento de um caso.

Sem dúvida, algo muito mais grave do que se opor à deliberação é a decisão individual e arbitrária de obstar o julgamento indefinidamente, já que, como visto, mesmo desrespeitado o prazo regimental, o Ministro não é obrigado a devolver os autos, tampouco sofre sanção pela desídia. Ilustrando tal fato, Diego Arguelhes e Ivar Hartmann citam a ação direta de inconstitucionalidade que contesta aspectos da privatização das telecomunicações.⁸³⁹ Ajuizada em 1996, a ação nunca chegou a ser julgada. Os três pedidos de vista até agora feitos já somam mais de 14 anos, sendo dois pedidos foram feitos por ministros que já não compõem a Corte (Maurício Correa e Nelson Jobim).⁸⁴⁰ Os mesmo autores referem-se ainda ao Agravo de Instrumento n. 132.765, cujo pedido de vista durou mais de 19 anos (de 1990 até 2009).⁸⁴¹

Por isso mesmo, à luz dessas diretrizes, apenas a manifesta necessidade de se analisar um ponto concreto, que for imprescindível à decisão e impossível de ser imediatamente considerado pelo julgador, pode justificar a solicitação de vista. A falta de motivação, bem como a apresentação de justificativa imprecisa, faz o pedido arbitrário, o que merece conduzir ao seu indeferimento.

6.9 A técnica da votação numa Corte de Precedentes

Como parece claro, na etapa anterior, as rodadas de discussões tiveram por escopo provocar o surgimento de ideias, de opções decisórias (entendidas como as linhas argumentativas ou teses que resolvem a questão constitucional)

⁸³⁸ ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivar A., *Pedido de vista é poder de veto*, **Folha de São Paulo**, 2015.

⁸³⁹ *Ibid.*

⁸⁴⁰ STF, Pleno ADI 1491, cuja relatoria era originariamente do Min. Carlos Velloso, sendo distribuída ao Min. Fachin em 2015.

⁸⁴¹ STF, Pleno, AI 132.755, rel. Min. Moreira Alves, j. 19.11.2009, *DJe* 11.06.2010.

e da criteriosa deliberação sobre elas. Do mesmo modo, a deliberação serve para depurar o repertório das potenciais opções decisórias, na medida em que permite que estas sejam compreendidas e desafiadas.⁸⁴² O propósito é que a deliberação possa conduzir a menos opções decisórias e, em certos casos, ao consenso, de forma que decisão colegiada represente a visão institucional da Corte (refletida na vontade majoritária).

É preciso realçar, todavia, que, mesmo quando não se alcance uma solução consensual, a deliberação não é em vão, pois ao menos possibilita o isolamento e a compreensão das distintas posições - vale dizer, linhas argumentativas para solução do caso - do colegiado frente à idêntica questão jurídica. A ideia é que o repertório de opções decisórias esteja bem definido e compreendido pelo colegiado.

Isso deixa claro, portanto, que deliberação não se confunde com consenso, tampouco demanda decisões unânimes (sejam judiciais, políticas ou de qualquer outra natureza). Embora não se negue que a deliberação almeje o consenso - já que é este um dos seus potenciais - como um ideal a ser perseguido, ela encontra limites - como nas situações de indissolúvel divergência -, quando, então, deve ser abandonada em reverência a outros mecanismos decisórios. Logo, a deliberação não exclui a agregação ou outros procedimentos de tomada de decisão.⁸⁴³

Quando se trata de uma Corte Suprema, a eficiente deliberação é de crucial relevância na construção do julgamento colegiado, uma vez que estimula o consenso, minimiza os desacordos ou, na pior das hipóteses, presta-se para clarificar a divergência e a sua profundidade:

⁸⁴² A propósito disso, vale lembrar que William Brennan, Justice da Suprema Corte norte-americana, em seu clássico ensaio sobre o dissenso, assinala a função do “vigoroso debate” no aprimoramento do julgamento colegiado. Para ele, a melhor forma de construir a solução mais adequada para o caso é procurá-la no “mercado das ideias” (marketplace of ideas) que surge do confronto colegiado. (BRENNAN JR, William J., In defense of dissents, **Hastings Law Journal**, v. 37, p. 427–438, 1985, p. 430).

⁸⁴³ É o que pondera Conrado Hübner Mendes: “The deliberative enterprise neither hopes nor intends to extinguish the companion of bargaining, aggregation, and the like.” (MENDES, **Constitutional courts and deliberative democracy**, p. 48).

A prática decisória deliberativa teria algumas vantagens: minimizaria o desacordo, despertaria respeito mútuo, geraria justificativas racionais para as decisões e, teria até, para alguns, um valor epistêmico (ou a maior probabilidade de alcançar a decisão correta). A necessidade de que todos os agentes apresentem publicamente razões que sejam minimamente aceitáveis para todos os outros, mesmo que discordem impõe um limite ao que pode ser decidido, um constrangimento da razão. Na expressão famosa de Jon Elster, a deliberação beneficia-se da “força civilizadora da hipocrisia”, ou seja, por mais cínicos que sejam nossos interesses, a necessidade de traduzi-los na linguagem da razão pública lhe importa limites.⁸⁴⁴

É a partir da precisa identificação das posições surgidas na deliberação e, no passo seguinte, do modo como cada um dos julgadores expressa sua preferência sobre elas que se poderá identificar se determinado fundamento é acolhido pela maioria (ou não).

Na esteira das lições de Edwards, é preciso compreender que tal fase não se resume a um simples votar segundo um binômio “dar ou negar provimento”, “julgar procedente ou improcedente”. Tal fase representa a expressão do processo deliberativo pelo qual os contornos dos acordos e desacordos entre diferentes mentes passa a tomar corpo. O julgamento colegiado, afinal de contas, é o acordo da maioria a respeito de um preciso *holding*. Mais do que meramente votar em determinado resultado, o julgamento colegiado envolve um complexo processo de interação de argumentos e justificativas - que podem se sobrepor, se relacionar, competir mutuamente ou se opor - que, ao final, devem ser depurados para gerar um *holding* que de revele o sentido do texto legal tanto para as partes, quando para os futuros litigantes.⁸⁴⁵

Para que tal dinâmica seja viável, é preciso, primeiramente, que haja um protocolo de colheita dos votos que permita seja reconhecida e compreendida a manifestação de cada um dos julgadores na formação do raciocínio decisório. É preciso reconhecer que a votação não envolve mais a

⁸⁴⁴ MENDES, Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF, p. 344.

⁸⁴⁵ EDWARDS, The effects of collegiality on judicial decision making, p. 1662.

deliberação, mas dela depende, já que se trata de uma etapa decisional que visa identificar a relação da Corte com as opções decisórias antes debatidas.

Como primeiro dos passos, a teoria normativa do julgamento colegiado que aceita a prática majoritária necessita orientar a compreensão e isolamento dos fundamentos acolhidos pela maioria e, por via de consequência, serve para isolar as coalizões majoritária e minoritária.

Para tanto, dois protocolos de votação podem ser empregados (ou combinados), a depender do caso: a) prioritariamente, pode-se diretamente promover a votação quanto à opção decisória elegida por cada um dos Ministros para decidir cada questão objeto da causa, a partir do que resultou previamente isolado na deliberação, b) subsidiariamente, pode ser levado a efeito uma votação quanto ao resultado proposto por cada julgador, com o intuito meramente instrumental de segregar a coalização majoritária da minoritária, para, depois disso, se compreender eventuais entendimentos concorrentes no âmbito do grupo majoritário.

Assim, primeiramente pode ser proveitosa a técnica de colheita de votos que leva em conta as opções decisórias que foram delimitadas ao cabo da deliberação. Isso significa que, ao invés de votar no resultado, os julgadores estarão manifestando sua posição quanto a uma linha argumentativa que serve para resolver idêntica questão que é uma premissa para o julgamento.

O resultado alcançado por intermédio por tal protocolo de votação, porém, é meramente provisório, eis que não é baseado no texto final da decisão. Ora, como o julgamento ainda está em curso, pressupõe-se que sua justificativa escrita não foi elaborada e que textos individuais elaborados antes da sessão são meros subsídios para a deliberação.

Cada julgador, portanto, na ordem regimental, irá manifestar seu voto, ainda que de forma concisa, justificando a solução adotada à luz das opções decisórias (onde está inserida a fundamentação e, num nível de maior especificidade, a *ratio decidendi*) já isoladas na deliberação e, seguidamente, indicará o resultado, até que todos tenham se manifestado. Marinoni expressa

tal ideia ao enfatizar a necessidade de se reconhecer as razões suportadas por cada magistrado:

Quando se está diante de julgamento apto à formação de precedente, obviamente não importam apenas as conclusões dos votos, mas relevam as razões expressas em cada um deles. Isso porque a sorte de um precedente depende da sua *ratio decidendi* e não de se saber qual dos litigantes resultou vitorioso em face do recurso. Ora, só é possível identificar se do julgamento deflui uma *ratio decidendi* quando se delimita com exatidão as razões de cada um dos votos, considerando-se, ainda, o número de votos que firmou um ou outro entendimento.⁸⁴⁶

Nada impede que os julgadores manifestem-se por adesão a um determinado posicionamento já apresentado por outro Ministro. A essa altura, no entanto, cada um dos julgadores teve a oportunidade de se manifestar sobre a tese que dá sustentação ao resultado, de onde se extrai a *ratio decidendi*.

Imagine-se que em determinado caso, após a deliberação, constata-se que as várias opiniões individuais puderam ser condensadas, em linhas gerais, em três alternativas – inconciliáveis – sobre o mérito: duas delas convergem quanto ao provimento do recurso, mas adotam fundamentos distintos; uma delas, em sentido inverso, opõe-se ao provimento do recurso.

Delimitadas tais linhas argumentativas, o Presidente adota o procedimento de votação a partir delas, voltado à identificação da coalização majoritária. Ao cabo dessa votação, resulta que *seis* ministros manifestam-se favoráveis ao provimento ao recurso por concluírem que a norma constitucional foi violada, justificando a partir de um dado argumento “x”; outros *dois* ministros chegam ao mesmo resultado, mas pelo fundamento “y”; ao passo que *três* deles negam o provimento por um terceiro fundamento “z”.

Assim, identifica-se que oito ministros compõem o bloco majoritário (embora estejam entendendo pela violação da norma com base em fundamentos diversos), enquanto três deles negam provimento ao recurso. Logo, a técnica de votação preliminar permite:

⁸⁴⁶ MARINONI, **Julgamento nas Cortes Supremas: Precedente e decisão do recurso diante do novo CPC**, p. 125.

- a) avaliar o grau de cisão na Corte;
- b) identificar os magistrados que formam a maioria e a minoria;
- c) compreender quais os fundamentos (linhas argumentativas) tiveram maior adesão;
- d) facilitar a identificação do magistrado que melhor têm condições de redigir a justificativa da maioria.

Partindo do pressuposto que tal configuração surgiu da sessão de deliberação e que, nesse arranjo decisório, os julgadores não redigem seus votos individuais antecipadamente (em oposição à praxe atual), é preciso, no passo seguinte, designar daquele que redigirá as justificativas do entendimento majoritário, que, em última análise, representará a vontade institucional da Corte. É o que se examina a seguir.

6.10 A designação do redator da justificativa majoritária

Fundamentalmente, o redator da justificativa majoritária deve ser aquele que integra tal coalização e, no curso da deliberação, pode ser identificado como o julgador que melhor sustentou tal linha argumentativa.⁸⁴⁷ Logo, diferentemente da lógica atual, essa incumbência não será atribuída necessariamente ao relator, tampouco obrigatoriamente aquele que pronuncia o primeiro voto vencedor (como dispõe o art. 941, *caput*, do CPC). Isso apenas acontecerá se estes porventura integrarem a coalizão majoritária.⁸⁴⁸

⁸⁴⁷ A exemplo do que sucede no direito norte-americano, cf.: “When cases are assigned to the justices of a court prior to oral argument or discussion of each case, there is always the possibility that, upon addressing the merits of the case, the person to whom the opinion was originally assigned will find himself or herself in the minority rather than the majority. As a result, states which make random assignments prior to review on the merits have developed processes for reassigning cases in the event the original justice charged with writing the court’s opinion is not in the majority.” (HALL, Opinion assignment procedures and conference practices in State Supreme Courts, p. 212).

⁸⁴⁸ Veja-se que este raciocínio tem muito mais sentido num colegiado maior, como o Pleno do STF. Num colegiado de três julgadores, como é o caso daquele que julga uma apelação, a possibilidade de surgimento de múltiplas linhas de entendimento acaba sendo mais restrita. Nessa hipótese, se o posicionamento do relator não preponderar, caberá ao revisor ou ao vogal redigir a decisão.

Questão, porém, um pouco mais delicada é saber se o relator deve ainda manter-se na função de “redator” da decisão colegiada quando se nota que, nada obstante compondo o grupo majoritário, não se encontra ele no subgrupo cujo fundamento foi prestigiado pela maioria do colegiado. Usando o exemplo acima, suponha-se que o relator seja um dos dois votantes favoráveis ao provimento ao recurso por concluir que a norma constitucional foi violada por um dado argumento “y”, quando se sabe que há seis outros julgadores apoiando a linha argumentativa “x” (a maioria dentro da coalização majoritária).

Sob o enfoque aqui proposto, que preza pela lógica majoritária, é mais salutar e coerente que seja redesignado um magistrado para fins de redação da decisão colegiada representativa da vontade institucional. Para tanto, é fundamental aferir quem melhor espelha o entendimento prevalecente. No exemplo acima traçado, envolveria escolher alguns dos seis outros julgadores que apoiaram a linha argumentativa “x”.

Pode suceder, no entanto, que, finda a deliberação, se note que não haja divergência no colegiado sobre o resultado a ser adotado, mas apenas quanto aos fundamentos que suportam o resultado, configuração, aliás, bastante comum nos julgamentos no STF. Ou seja, há unanimidade quanto ao resultado, mas não quanto aos fundamentos. Diante disso, o Presidente pode igualmente se valer do procedimento supramencionado, de modo a identificar os fundamentos concorrentes no colegiado e como cada julgador se posiciona em cada um deles. Do mesmo modo, o redator da justificativa majoritária deve ser aquele que melhor representa os fundamentos que foram acolhidos pela maioria.

Evidentemente que a tarefa de designação do redator em caso de substancial e equânime fragmentação em torno de posições concorrentes pode ser, em algumas hipóteses, de grande dificuldade. Certa margem de diplomacia ou de discricionariedade pode ser exigida do Presidente em

algumas situações, mormente quando há mais de um Ministro representando de forma mais enérgica certa linha de argumentação.⁸⁴⁹

Nada impede que, ao lado desse primeiro esquema de votação, o colegiado se valha de outro protocolo de votação, com objetivo de reduzir a complexidade do julgamento, segregando a esfera majoritária da minoritária, para, num segundo momento, identificar se há diversidade de fundamentos no grupo majoritário.

Essa técnica, que é adotada na Suprema Corte estadunidense, tem maior serventia em casos em que emanem da deliberação não apenas múltiplos fundamentos suportando o mesmo resultado (votos concorrentes), mas também oposições no que concerne ao resultado do julgamento (votos dissidentes), já que o escopo aqui é meramente reduzir a complexidade e facilitar o isolamento dos fundamentos que integram a coalizão majoritária, ao mesmo que se delimita o número de julgadores habilitados para redigir a justificativa institucional.

Logo, de acordo com esta segunda sistemática, identifica-se, primeiramente, a partição na Corte entre a maioria e os dissidentes, ou seja, entre os que dão provimento ao recurso e os que negam; entre os que julgam procedente o pedido e os que o rejeitam. A partir disso, reconhecida a coalização majoritária, torna-se, em tese, menos intrincada a tarefa de identificar as linhas argumentativas eventualmente existentes nesse grupo e, por conseguinte, facilita-se a designação do redator que melhor terá condições de redigir a justificativa majoritária.⁸⁵⁰

⁸⁴⁹ Imagine-se que, dos onze ministros que decidem julgar procedente a ação direta de inconstitucionalidade, cinco adiram a certo fundamento, quarto a outro e dois deles ao terceiro fundamento, sendo que entre estes últimos se encontra o relator. Ora, certamente que um daqueles que representa o fundamento majoritário (os cinco primeiros ministros) é quem deve ser apontado para redigir a justificativa majoritária, sem prejuízo, é evidente, que os demais redijam votos concorrentes. O virtual problema pode se manifestar quando, destes cinco julgadores, mais de um representa adequadamente o posicionamento majoritário. Isso impõe uma dificuldade na designação daquele quem deve ser o relator.

⁸⁵⁰ Se a maioria absoluta (ao menos 6 julgadores) adere idêntica razão de decidir, a questão torna-se ainda mais simples para fins de elaboração de sua justificativa; se houver dispersão, eventuais votos concorrentes beneficiar-se-ão do diálogo

No entanto, o colegiado haverá ainda que se valer de uma votação específica em torno das opções decisórias concorrentes.⁸⁵¹ Apenas, assim, será viável reconhecer como cada um dos julgadores se posiciona em relação aos fundamentos que suportam o resultado majoritário e, assim, detectar aquele irá compor a justificativa escrita.

Portanto, em resumo dois protocolos podem, em tese, ser utilizados: um primeiro protocolo reside em colher os votos à luz das opções decisórias resultantes da deliberação (ou seja, das justificativas cogitadas pelo colegiado); um segundo protocolo, alternativo e de maior utilidade em casos onde há uma cisão na Corte quanto ao resultado, colhe os votos tendo em vista o resultado almejado por cada membro e, após isolada a posição majoritária (p. ex.: a maioria dá provimento ao recurso), busca identificar dentro desta coalizão quais dos fundamentos concorrentes tem a adesão da maioria.⁸⁵²

Em qualquer dos casos, com essa definição, o procedimento encerra a fase de deliberação presencial, no qual se formou o raciocínio decisório e se discutiu sobre as justificativas do julgamento, e transfere-se para a fase de elaboração da justificativa; de construção da decisão deliberativa escrita, que, em última análise, comunicará o entendimento institucional para os litigantes e para a sociedade.⁸⁵³

É importante ressaltar que, tal como sucede em vários sistemas antes analisados e notadamente no modelo norte-americano, a votação que se faz na fase de deliberação frente a frente ainda não deve representar o encerramento do debate, que ainda pode se estender na fase de redação da decisão deliberativa.

⁸⁵¹ É o exemplo da ADI 1969, um julgamento que, embora unânime quanto ao resultado, fragmentou-se em torno de cinco opções decisórias concorrentes: STF, Pleno, ADI 1869, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 28.06.2007.

⁸⁵² Considerando que no STF não há a expressiva polarização ideológica que se verifica nos Estados Unidos (onde se nota julgamentos fortemente divididos), é provável que o primeiro protocolo de colheita de votos seja o suficiente para dar maior efetividade ao julgamento colegiado.

⁸⁵³ ALDISERT, Ruggero J.; RASCH, Meehan; BARTLETT, Matthew P., Opinion writing and opinion readers, **Cardozo Law Review**, v. 31, p. 1–43, 2009, p. 6.

Em suma, a votação, ao cabo dessa etapa, não seria conduzida para fins de imediata proclamação do resultado, mas sim para averiguar qual a opção decisória foi sufragada pela maioria do colegiado, bem como a existência de posições concorrentes e dissidentes.

Para fins de registro em ata (evitando prejudiciais esquecimentos a respeito do que se deliberou), é salutar que a tese perfilhada pela maioria seja já demarcada e anunciada para fins de vinculação do colegiado, bem como para orientar a fase seguinte de redação da decisão deliberativa. Afinal de contas, o redator da decisão majoritária está adstrito à tese (a linha argumentativa) sufragada pelo colegiado na sessão presencial.

Contudo, é na fase seguinte que os posicionamentos apresentados em linhas mais gerais no curso do debate colegiado ganharão especificidade ao serem transmitidos no texto, bem como se dará concretude textual a *ratio decidendi*. A deliberação presencial, portanto, se transfere para a arena redacional.

6.11 O julgamento eletrônico do art. 945 do CPC⁸⁵⁴

Antes de se passar para a fase de redação da decisão deliberativa, um último registro é oportuno. Embora o art. 945 do CPC tenha instituído a possibilidade do julgamento colegiado eletrônico, há que se concluir que, por opção legislativa, tal dinâmica não se aplica aos procedimentos em que potencialmente possa haver a formação de precedentes. Ora, primeiramente, o próprio art. 945 exclui do seu âmbito de incidência os processos e ações originárias em que se mostra cabível a sustentação oral, tal como sucede, por exemplo, com os recursos especial e extraordinário (art. 937), com o incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 984, II), bem como com as ações originárias do controle de constitucionalidade. Em segundo lugar, não se admite tal meio de julgamento quando houver discordância, ainda que

⁸⁵⁴ O presente tópico originou-se da gentil sugestão dos Professores Daniel Mitidiero e Clayton Maranhão na banca de qualificação desta tese. Manifesto aqui meu agradecimento.

imotivada, de qualquer uma das partes. O mesmo vale para os procedimentos em que o *amicus curiae* possa sustentar oralmente as suas razões (art. 138).

Nada obstante a exclusão legislativa para os referidos procedimentos e da opção dada à parte em recusá-lo, cabe ainda registrar ainda que o § 4º. do referido dispositivo exclui o emprego do julgamento eletrônico quando surja “alguma divergência entre os integrantes do órgão julgador durante o julgamento eletrônico”. O problema reside em saber se o Código refere-se a uma divergência quanto aos fundamentos que suportam determinado resultado ou apenas quanto ao resultado?

A questão é obviamente relevante: imagine-se que todos os julgadores votem no sentido de prover o recurso (unanimidade quanto ao resultado), mas cada um deles eleja uma linha de fundamentação distinta (divergência ou dispersão quanto aos fundamentos que suportam o mesmo resultado). Nesse caso, estaria caracterizada a divergência apta a atrair a sessão presencial ou não?

Se a resposta for negativa, estar-se-á produzindo uma decisão meramente unânime quanto ao resultado, mas que não forma uma *ratio decidendi*. A lógica do julgamento colegiado, nesta hipótese, seria claramente *seriatim*, de cunho individualista e agregativo. Em última análise, o julgamento estaria negando os benefícios de um procedimento deliberativo, assim como recusando a perspectiva institucionalista aqui privilegiada, em que a Corte é reputada o agente epistêmico que decide e que expressa seu entendimento (e não os seus componentes).

Por sua vez, se a resposta for positiva e a deliberação for imediatamente conduzida à discussão presencial na hipótese de dispersão quanto aos fundamentos, o dispositivo pode ser considerado menos prejudicial, mas não integralmente, pois, ainda assim, afasta-se do pressuposto deliberativo segundo o qual as soluções são construídas deliberativamente e não trazidas já prontas e redigidas para o julgamento. Se o sistema de julgamento eletrônico basear-se na dinâmica segundo a qual cada julgador prepara isoladamente um voto escrito e o submete eletronicamente em caráter definitivo estar-se-á

reproduzindo no plano virtual as mesmas deficiências constadas no plano presencial.

Se, no entanto, notada a divergência quanto aos fundamentos elegidos para suportar certo resultado e, por conta disso, conduzido o debate para o julgamento presencial, importa saber se os julgadores, diante de melhores alternativas decisórias, não se sentirão inibidos de voltar atrás naquilo que já haviam manifestado formalmente no plano virtual. É o mesmo risco que já se tratou no tocante à transmissão das deliberações. Ora, é sempre mais difícil retroceder depois de já se ter manifestado publicamente em outro sentido.

Ainda nesse âmbito de discussão, uma última observação é conveniente: um risco que se corre com tal procedimento consiste na adoção de um sistema análogo ao julgamento do Plenário Virtual do STF (arts. 324 e seguintes do Regimento Interno), que é empregado para o exame da repercussão geral. Lá, os demais Ministros apenas podem acompanhar ou divergir da conclusão do relator, mas não acrescentar, desafiar ou debater os fundamentos empregados por esse. Se isso é aceitável no tocante à repercussão geral (mero requisito de admissibilidade), não se pode concluir da mesma forma ao se pretender utilizar uma operação idêntica para o julgamento do mérito de determinado recurso ou de uma ação originária, mesmo levando-se em conta que a divergência transfere o debate para o âmbito presencial.

Melhor explicando: tome-se como exemplo a situação em que sete ministros votaram acompanhando o relator. Portanto, já se formou uma expressiva maioria a favor do resultado proposto por este (no total, oito votos). Se algum dos três julgadores seguintes votar em sentido diverso, deslocando o debate para a sessão presencial, o fato é que o julgamento está praticamente definido pelo atual placar. Embora se saiba que os julgadores podem modificar o voto até a proclamação do resultado, a realidade demonstra que reformular a posição depois de já tê-la declarada publicamente é uma hipótese excepcional, notadamente para alguém que ocupa uma alta posição na hierarquia do Poder Judiciário.

Veja-se que um resultado completamente distinto poderia ter sucedido se todos os membros do colegiado tivessem ciência das duas opções decisórias antes de começar a votar (a do relator e a daquele que divergiu). Daí porque a relevância de se deliberar e isolar todas as opções decisórias antes de se passar à votação.

6.12 A justificativa e redação da decisão deliberativa

Quando se pensa na fase de redação da justificativa dos fundamentos apresentados no julgamento colegiado, duas questões surgem: a quem cabe tal redação e qual deve ser o seu conteúdo.

Pois bem. Um potencial benefício de se adotar um protocolo de votação adequado ao julgamento majoritário, reside justamente na possibilidade de se reconhecer as posições em jogo e atribuir a um julgador o encargo de redigir a decisão representativa da vontade majoritária. Sua missão não é mais justificar porque ficou convencido de que dada solução é a melhor (o que seria natural na lógica *seriatim*), mas, sim, como a maioria do colegiado justifica determinada decisão.⁸⁵⁵

Como parece claro, ao se projetar uma fase específica de redação da decisão coletiva, encampa-se uma abordagem que objetiva atenuar o forte individualismo que marca o modelo *seriatim*, dando ênfase à vontade institucional, mas que, simultaneamente, respeita as posições dissonantes que subsistiram à deliberação.

Portanto, este é o mote desta fase e a missão institucional do redator da decisão majoritária e, em certa medida, responde-se parte do questionamento feito preliminarmente, a respeito de quem compete redigir a justificativa dos fundamentos majoritários.

⁸⁵⁵ O problema foi apresentado no item 4.4.

Todavia, isso não encerra o tema. Caberá ainda aos julgadores que porventura sustentaram fundamentos concorrentes ou dissidentes, redigir votos justificando estas posições minoritárias.⁸⁵⁶

Indubitavelmente, um aspecto que, embora possa parecer óbvio, mas na prática é extremamente descuidado, diz respeito à necessidade de confecção de uma decisão verdadeiramente da Corte, isto é, que expresse a vontade institucional. Embora o Código de Processo Civil, por exemplo, diga que, após a votação, o presidente designará o redator do acórdão (art. 941, *caput*, do CPC), dando a impressão, que um texto coerente é redigido, refletindo o debate colegiado, a verdade é que no STF isso raramente ocorre.

A rigor, após o relatório e o voto redigido pelo relator, há a transcrição de votos, debates, apartes, na ordem cronológica em que sucederam (art. 96 do Regimento Interno do STF), sem que se organize num texto coerente que expresse a vontade colegiada.

Como já tratado no item 4.4, não se tem uma fase redacional voltada à criação colaborativa e coletiva de um texto ordenado e articulado a partir de argumentos racionais, mas o mero registro dos debates ocorridos na sessão de julgamento.⁸⁵⁷ Por isso mesmo, Barbosa Moreira há muito registrara que “o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça e outros tribunais adotaram o costume de fazer consistir o acórdão, pura e simplesmente, na série de votos proferidos pelos juízes que hajam participado do julgamento.”⁸⁵⁸

A teoria do julgamento colegiado *seriatim* certamente conduz a esse resultado. Do mesmo modo, o art. 941 do CPC diz pouco a respeito da construção da decisão colegiada numa Corte de Precedentes, estando muito mais voltado para o julgamento da apelação nas Cortes de revisão e tomando

⁸⁵⁶ Lembrando que o art. 941, § 3º, do CPC dispõe que: “O voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de pré-questionamento.”

⁸⁵⁷ RODRIGUEZ, **Como decidem as Cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)**, p. 79.

⁸⁵⁸ BARBOSA MOREIRA, **Comentários ao Código de Processo Civil - v. V**, p. 710.

em conta colegiados de porte diminuto.⁸⁵⁹ Sua preocupação é apenas atribuir a redação da decisão àquele que não represente o voto vencido, mas não tem foco na construção de uma decisão que exprima a vontade institucional, tampouco estabelece diretrizes que levem conta a fundamentação do julgado.

E o que é mais grave, o art. 941 do CPC não serve de orientação para a redação e a incorporação dos votos concorrentes e dissidentes. Vale notar que o dispositivo ainda se funda no conceito de voto vencido (sobre o qual se tratará adiante), isto é, aquele que, sem sujeitar-se à interação deliberativa, fortuitamente, não teve a adesão da maioria.

Daí porque a importância da superação dessa lógica e da adoção de critérios mais seguros para a expressão da vontade institucional.

Uma diretriz preliminar para dar maior concretude e eficiência a isso é que todos os membros que participam da deliberação devem estar atentos ao que se discute, já que, se porventura designados para redigir a decisão, consigam expressar com fidelidade a vontade majoritária.⁸⁶⁰

Por isso, o redator deve enxergar sua atividade como a missão institucional de quem, a despeito da assinatura que apõe à decisão, exprime-se em nome da instituição.

Do mesmo modo, é preciso a adoção de uma forma de argumentar racional, preocupada com a generalização dos fundamentos para orientação dos casos futuros.⁸⁶¹ Sem dúvida alguma, a par de redigir um texto que reflita o

⁸⁵⁹ MARINONI, **Julgamento nas Cortes Supremas: Precedente e decisão do recurso diante do novo CPC**, p. 137.

⁸⁶⁰ Refletindo sobre a habilidade para a escrita do voto majoritário: “The most difficult part of the job of the Supreme Court justice is writing the opinion for the Court majority. Clearly, you have to artistically craft an opinion that is tolerable to one segment of majority while, at the same time, bearable to another segment, those who wanted a stronger, more vigorous statement coming from the Court. Writing an opinion that mollifies all individuals composing the majority will take all you skill, and intellect, and artistry!” (COOPER; BALL, **The United States Supreme Court**, p. 225).

⁸⁶¹ “A judicial opinion may be defined as a publicly stated, reasoned elaboration that justifies a conclusion or decision. Its purpose is to set forth an explanation for a decision that adjudicates a live case or controversy that has been presented before a court. To put it another way, a quality opinion will predict how similar factual scenarios will be treated. This explanatory function of the opinion is paramount. In the common law tradition, the court’s ability to develop case law finds legitimacy only because the decision is

entendimento majoritário, a segunda tarefa do redator é preocupar-se com a identificação da *ratio decidendi*, que, como registra Ruggero Aldisert, será usada “para informar, guiar e dirigir as futuras relações jurídicas públicas e privadas.”⁸⁶²

O tema ganha especial destaque, na medida em que o novo Código de Processo Civil, buscando incorporar e disciplinar o uso dos precedentes, prescreve, em alguns de seus dispositivos, a necessidade de que seja explicitada a tese jurídica, bem como trata de questões respeitantes à revisão e modificação da tese.⁸⁶³

Tal ponto é crucial, uma vez que a construção da tese - que pode estar em sobreposição com a *ratio decidendi* - deve refletir com precisão o entendimento acolhido majoritariamente. Como já dito, é aconselhável que a tese sufragada pela maioria seja anunciada ao cabo de deliberação, evitando que se olvide o que fora decidido.

Luiz Guilherme Marinoni acentua tal entendimento ao tratar da proclamação não apenas da decisão, mas também da *ratio decidendi*:

... é altamente conveniente que a Corte Suprema, ao julgar, declare o que entende ser a *ratio decidendi*. Isso porque ninguém pode estar em melhor condição do que o colegiado, diante da viva presença das discussões travadas, para delinear-las. Lembre-se que o colegiado, ao definir a *ratio decidendi*, está na fase de proclamação do resultado, ou seja, numa fase aberta ao diálogo entre os julgadores e os advogados. Não deve haver aí uma mera declaração mecânica e irrefletida da parte do Ministro que preside a sessão.⁸⁶⁴

accompanied by a publicly recorded statement of reasoning available to all future readers.” (ALDISERT; RASCH; BARTLETT, Opinion writing and opinion readers, p. 5).

⁸⁶² *Ibid.*, p. 6; RUBIN, Alvin B. (Org.), **Judicial Writing Manual: A pocket guide for judges**, 2. ed. Washington: Federal Judicial Center, 2013.

⁸⁶³ Embora o Código de Processo Civil tenha optado por valer-se de uma técnica formal e quantitativa para tratar dos precedentes, dando a entender que precedentes seriam as decisões enumeradas no art. 927, evidentemente que também podem ser considerados precedentes as decisões oriundas de recursos especiais e extraordinários que não sejam repetitivos.

⁸⁶⁴ MARINONI, **Julgamento nas Cortes Supremas: Precedente e decisão do recurso diante do novo CPC**, p. 131.

É o que também sugere Luís Roberto Barroso, com o propósito de outorgar maior racionalidade aos julgamentos da Corte:

Em razão dessas especificidades, surge uma outra disfunção: a tendência a prevalecer o voto do relator como expressão da decisão alcançada pela Corte, mesmo quando não tenha havido adesão majoritária a pontos centrais nele expressos, gerando-se uma percepção distorcida do que foi efetivamente decidido. Por vezes acontece o contrário: do voto do relator deixa de constar algo que foi objeto de deliberação majoritária, mas que não correspondia à sua opinião.

O ponto é especialmente sensível nos casos em que a decisão do Tribunal tenha eficácia vinculante, sendo necessário determinar exatamente o que deve ser observado pela Administração Pública e pelos demais órgãos do Poder Judiciário.

A primeira sugestão de mudança destina-se a enfrentar essas dificuldades.

A providência alvitrada é bastante simples. Após os debates e a votação realizados em sessão pública, e sem prejuízo da apresentação dos votos individuais pelos ministros, o relator do caso deverá: i) redigir uma ementa representativa dos fundamentos e conclusões que obtiveram adesão da maioria; e ii) dela deverá constar a proposição ou tese jurídica que serviu como premissa necessária à decisão da Corte, à semelhança dos *holdings* do *common law*. Tal ementa, que poderá ser elaborada na sessão de julgamento ou posteriormente, deverá ser submetida à aprovação dos Ministros que votaram com a posição vencedora. Tomando-se como exemplo a ADPF 46, em que se discutiu a questão do chamado “monopólio postal”, a ementa diria algo assim: “O serviço postal tem natureza de serviço público e não de atividade econômica, sendo legítimo o regime de privilégio estabelecido pela lei em favor da ECT”. Essa é a sugestão, portanto, no que diz respeito à maior clareza do pronunciamento da Corte.⁸⁶⁵

Portanto, a formulação da tese na sessão, ainda que provisória e sujeita a aprimoramento redacional ulterior, servirá de guia na redação do voto majoritário e, por conseguinte, vincula o magistrado a quem é incumbida a função de redator.

Subsequentemente, com a conclusão do texto que justificativa a opção decisória majoritária e estando delineada a tese que lhe dá substrato, o redator deve circular a minuta entre todos os membros do colegiado.⁸⁶⁶ Isso porque a

⁸⁶⁵ V. a respeito o artigo de Luís Roberto Barroso “Prudências, ousadias e mudanças necessárias no STF”, disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-dez-28/retrospectiva-2010-prudencias-ousadias-mudancas-necessarias-stf>> Acesso em: 10 jun. 2014.

⁸⁶⁶ Novamente, a adoção de tecnologias de comunicação, tal como se usa no julgamentos do Plenário Virtual, podem acelerar tal fase.

fase de redação da decisão colegiada deve ser compreendida como uma continuação da deliberação iniciada na sessão presencial.⁸⁶⁷ Logo, tanto os julgadores que integraram a corrente majoritária quanto a minoritária devem ter conhecimento do texto, a fim de conferir se este efetivamente reflete o que fora deliberado.

E a importância disso se desdobra em diferentes perspectivas.

Aqueles que justificaram oralmente seus votos em consonância com o redator terão o interesse de saber se este conseguiu traduzir o entendimento resultante da deliberação para o texto. Vale dizer, se, de fato, o texto exprime a entendimento majoritário. Se sim, apenas irão aderir à proposta escrita do redator. Caso contrário, poderão ter o interesse de sugerir mudanças no texto antes que este venha a ser publicado ou ainda, se concluírem que o texto não expressa adequadamente o posicionamento majoritário construído na deliberação, poderão optar por redigir um voto concorrente, seja para aclarar, enfatizar, dar maior ou menor amplitude aos fundamentos do voto majoritário.

Por outro lado, os julgadores que apoiaram a maioria no tocante ao dispositivo, mas não em relação ao fundamento, irão ter interesse em saber a configuração do voto majoritário e sua justificativa, a fim de redigir o voto concorrente (mais precisamente uma concorrência especial, conforme se tratará no item seguinte).

Por fim, a minoria verá no voto majoritário a base para manifestação do dissenso, que, consoante se verá adiante, deve dialogar com o voto majoritário.

O que se busca a partir desta metodologia é, sobretudo, uma mudança de postura na fase de redação das justificativas, que se desloca do individualismo e da aleatoriedade que marcam o sistema *seriatim* para o institucionalismo e a responsividade da lógica majoritária.

Nesse contexto, o papel do voto majoritário é exprimir a vontade institucional, da Corte, ao passo que os demais votos - que emergiram por

⁸⁶⁷ MENDES, *Constitutional courts and deliberative democracy*, p. 172.

ocasião da deliberação - apenas têm algum sentido quando relacionados com o majoritário.

O que se quer dizer com isso é que os votos que são redigidos paralelamente ao voto majoritário devem ter guardado com este uma natureza referencial. Ora, os votos concorrentes e dissidentes não existem por si mesmo; não tem autonomia, já que, aquele que concorre, concorre com alguém; aquele que diverge, diverge de alguém.

E, como parece claro, esse referencial é justamente a vontade majoritária, já identificada na fase de deliberação e consubstanciada na *ratio decidendi* anunciada.

Sob essa perspectiva, a fase de justificativa das decisões, ao invés de se constituir uma etapa em que os votos de cada Ministro, redigidos antecipadamente e isoladamente, são aglutinados num mesmo documento, passa a ser a representação no texto do resultado da deliberação colegiada. É, portanto, um reflexo daquilo que foi construído pelo colegiado na fase de deliberação.

Com isso, torna-se mais fácil alcançar-se a construção de um texto organizado e coerente.

É preciso, no entanto, bem compreender como cada julgador posiciona-se diante do voto majoritário convertido em texto. Em outras palavras, a vontade individual que já fora expressa oralmente na deliberação presencial precisa agora ter ressonância no texto, o que será feito pelos votos de mera adesão, concorrentes e dissidentes que surgem a partir da circulação do voto majoritário.

Nessa conjuntura, e como próxima etapa deliberativa, é preciso compreender o posicionamento individual dos Ministros diante dos fundamentos do voto majoritário.

Ora, o posicionamento individual em torno dos fundamentos importa sobremaneira quando se tem em mente que, para a formação de um precedente, há que conhecer precisamente a posição de cada um dos julgadores, sob pena de não se ter como certo se determinada tese ou entendimento foi adotado pela

unanimidade, pela maioria dos componentes do colegiado ou se, ao contrário, pela minoria.⁸⁶⁸

Conforme explica Luiz Guilherme Marinoni, tal importância assume maior magnitude quando se tem em conta que “a nota individualizadora dos votos individuais não se situa no resultado do julgamento, ou melhor, na parte dispositiva da decisão ou na mera contagem dos votos, mas sim nas razões determinantes da solução da questão de direito.”⁸⁶⁹

Por isso, sob esse enfoque, não é suficiente computar votos ou saber quais votos são favoráveis à procedência da ação ou ao provimento do recurso (convergência quanto ao dispositivo). Mais do que isso, torna-se basilar entender, para além do fundamento que determina o alcance da solução ao problema interpretativo enfrentado pelo colegiado, o número de julgadores que a ele adere, de modo a compreender a concepção do precedente. É o que se tratará adiante.

6.13 A compreensão dos votos individuais na formação do precedente

Como antes delineado, na realidade do julgamento colegiado no STF, cada julgador expõe serialmente sua opinião - nem sempre deixando claro sua motivação -, sem qualquer preocupação com a formação de uma decisão colegiada que demonstre ao público a adesão - da Corte ou de sua maioria - a fundamentos que venham a constituir a *ratio decidendi*. Por conseguinte, ao cabo desse procedimento, forma-se um mosaico de posições dispersas que pouco contribui quando se almeja estabelecer o entendimento institucional e, por conseguinte, fomentar uma cultura de precedentes. É o que bem expressa Luiz Guilherme Marinoni:

Quando os votos são tomados como se cada um dos julgadores estivesse sozinho diante da causa, a solução não expressa uma

⁸⁶⁸ ATIYAH; SUMMERS, **Form and substance in Anglo-American law**.

⁸⁶⁹ MARINONI, **Julgamento nas Cortes Supremas: Precedente e decisão do recurso diante do novo CPC**, p. 1.

decisão colegiada acerca de cada uma das questões que necessitam ser definidas de modo autônomo, mas dá origem a uma decisão que revela uma mistura de decisões individuais sobre várias questões. Uma decisão colegiada, como o próprio nome indica, deve ser uma decisão de vários julgadores sobre uma mesma questão.⁸⁷⁰

Como se tratou antes, um arranjo destinado a resolver tal ordem de problemas, dá-se pela organização procedimental antes sugerida, que se inicia com a deliberação ordenada pelo Presidente, cujo objetivo é delimitar os fatos, isolar as questões a serem solucionadas e, por fim, promover a clara exposição das potenciais soluções a serem adotadas (supondo, é claro, que possa haver mais de uma). Essa é a finalidade precípua das primeiras rodadas de deliberação judicial: a de traçar um panorama das opções decisórias surgidas no debate colegiado e de suas *rationes decidendi*.⁸⁷¹

Uma segunda rodada merece ser levada a efeito para buscar o consenso ou minimizar os desacordos porventura existentes. Finalmente, não alcançado o consenso, cabe ao Presidente, colher os votos, de forma a permitir que seja reconhecido e compreendido o posicionamento de cada um dos julgadores na formação do raciocínio decisório da Corte.⁸⁷²

Se as configurações que podem daí surgir são variadas em decorrência dos votos individuais de cada julgador - formando um aglomerado desordenado de posicionamentos que podem se assemelhar, se sobrepor, rivalizar ou se contradizer -, o fato se agrava por não se dar atenção no Brasil à compreensão teórica da natureza dos votos individuais.

O sistema *seriatim* antideliberativo do STF traz uma significativa dificuldade no momento de compreensão do sentido de cada voto e, por conseguinte, torna problemática, ao cabo da deliberação, a proclamação precisa e adequada do resultado do julgamento colegiado. A rigor, como registrado

⁸⁷⁰ *Ibid.*, p. 32.

⁸⁷¹ Em certa medida, como tratado no Cap. 3, é isso o que acontece na sessão de deliberação da Suprema Corte estadunidense (*conference*). Ainda que de forma mais ou menos breve, a depender da condução de cada *Chief Justice*, são ventiladas as linhas argumentativas que cada um dos juízes perfilha para sustentar determinado resultado.

⁸⁷² Uma dinâmica parecida sucede na Suprema Corte estadunidense, porém, tal rodada deliberativa não é feita pessoalmente, mas pela circulação das minutas de voto.

preambularmente, a proclamação é feita pela somatória das conclusões de cada voto (dar ou não provimento, declarar ou não a inconstitucionalidade, por exemplo) e não pela sua integralidade, ou seja, pela compreensão de seus fundamentos e, daí sim, de seu dispositivo.

Por isso, a necessidade que se entenda mais profundamente as espécies de voto que cada julgador pode vir a proferir, o que enseja sua sistematização teórica. Assim, a sistemática ora delineada é baseada no agir individual de cada julgador e toma em conta a sua relação com a posição majoritária, que, como visto acima, não será obrigatoriamente aquela sugerida pelo relator.⁸⁷³

Conforme se verá adiante, num ponto extremo, onde há integral aquiescência entre a posição do votante e a posição majoritária (convergência máxima), afigura-se o voto de mera adesão. No outro vértice, por sua vez, quando o votante apregoa voto que se opõe aos fundamentos e ao resultado preponderantes tem-se o absoluto dissenso (divergência máxima).

Entre essas duas extremidades situam-se os votos concorrentes. É sobretudo nesse âmbito que se percebem diferentes nuances de convergência.

O interesse aqui é, portanto, analisar e sistematizar as potenciais manifestações dos votantes na deliberação judicial, temática que aparentemente não tem despertado maior atenção no Brasil, embora seja de crucial importância para o entendimento mais profundo do julgamento colegiado.

Ainda nesse desiderato, procurar-se-á demonstrar, sob uma perspectiva teórica, como cada categoria de voto pode favorecer ou obstar a formação da *ratio decidendi*.

⁸⁷³ Embora dados empíricos concernentes ao STF demonstrem que, na grande maioria dos casos, é a proposta do relator quem prevalece, v.: SUNDFELD, Carlos Ari; SOUSA, Rodrigo Pagani de. “Accountability” e jurisprudência do STF: Estudo empírico de variáveis institucionais e estrutura das decisões. In: VOJVODIC, Adriana; MOTTA PINTO, Henrique; SOUSA, Rodrigo Pagani de (Org.). **Jurisdição Constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 85-86.

6.13.1 Extrema convergência: o voto de adesão à posição majoritária

Formando-se uma composição unânime ou uma coalização majoritária em torno de uma das opções decisórias suscitadas durante a deliberação - mais precisamente, sobre os fundamentos que suportam tal opção decisória -, há a formação de precedente, já que a *ratio decidendi* é acolhida pela unanimidade ou pela maioria do colegiado.

É importante, porém, perceber que a adesão à posição majoritária pode dar-se de duas formas. Tratar-se-á da primeira agora, deixando a seguinte para o tópico seguinte.

A forma mais simples de expressão do voto no julgamento colegiado é aquela na qual há adesão imotivada a uma opção decisória presente no contexto da deliberação.

É o que ocorre quando o julgador apenas manifesta sua integral aderência a certa posição sem nada acrescentar em termos de fundamentação. Por conta de uma escolha individual, cujas possíveis motivações analisou-se anteriormente,⁸⁷⁴ o magistrado não agrega fundamentos (por escrito ou verbalmente), mas, sim, consente com o entendimento que preponderou majoritariamente na deliberação.

De acordo com o que se costuma denominar na prática do STF, a forma de expressão de tal comportamento dá-se pela manifestação *sem* declaração de voto.⁸⁷⁵ É, por excelência, a hipótese em que o julgador votante pronuncia-se para dizer que acompanha o voto do relator, por exemplo.⁸⁷⁶

Portanto, em relação ao voto prevalecente na deliberação, há integral convergência, tanto em relação aos fundamentos, quanto ao dispositivo.

⁸⁷⁴ V. item 4.2.3.

⁸⁷⁵ É o que se vê também na Suprema Corte norte-americana quando os Justices aderem (join) a court opinion, sem redigir voto em separado, v. a propósito: EPSTEIN; KNIGHT, **The choices justices make**.

⁸⁷⁶ A rigor, o voto por adesão não se vincula exclusivamente à posição majoritária. Sabe-se que se pode aderir também ao voto dissidente ou a uma concorrência. Por uma questão meramente didática, referiu-se, nesse momento, à adesão ao voto majoritário.

6.13.2 Extrema divergência: o voto dissidente

O voto dissidente é aquele mediante o qual o julgador, após a deliberação colegiada, discorda tanto do resultado quanto dos fundamentos do voto majoritário. Sempre que tal desacordo acontecer, compete ao julgador expressar motivadamente sua oposição em relação ao voto majoritário, ou seja, deve declarar voto individual, a fim de divulgar os fundamentos dissidentes.

Em tese, a identificação do voto dissidente não deveria desafiar maiores problemas práticos, uma vez que o Ministro que opta por divergir irá expressar tal posição, cujo voto, a teor do art. 941, § 3.º, do CPC, deve ser “necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais”.⁸⁷⁷ Portanto, o julgador deve se manifestar mediante declaração de voto, seja por apresentação escrita ou pela transcrição no acórdão do voto proferido oralmente.

De qualquer sorte, ainda que não fosse a referida norma processual, não se pode admitir que, numa Corte de Precedentes como o STF, o julgador possa dissentir meramente por dissentir, sem maiores justificativas.⁸⁷⁸ Ora, por sua função no contexto deliberativo, há sempre o ônus argumentativo de explicitar fundamentalmente o dissenso que se contrapõe ao voto majoritário, sob pena de recair na incoerente prática do “voto vencido”, notavelmente criticada por Virgílio Afonso da Silva.⁸⁷⁹

Segundo o constitucionalista, embora a literatura jurídica reconheça o valor do dissenso por diversas razões, nada disso faz sentido na realidade brasileira. A explicação é bastante singela. Conceitualmente, o voto dissidente é aquele que se opõe deliberativamente aos fundamentos e ao resultado elegido pela maioria. Vale dizer, ciente dos fundamentos do voto majoritário, o voto dissidente surge de um desacordo havido na interação deliberativa da Corte.

⁸⁷⁷ Agradeço ao Prof. Clayton Maranhão por me chamar a atenção da temática do dissenso durante a banca de qualificação.

⁸⁷⁸ MENDES, *Constitutional courts and deliberative democracy*, p. 132–133.

⁸⁷⁹ DA SILVA, *Deciding without deliberating*, p. 583–584.

Teses opostas entraram em embate deliberativo e não conseguem ser conciliadas.⁸⁸⁰

Por isso, o voto dissidente é conceitualmente relacional (dissente-se de alguém) e se comunica com voto majoritário, para o fim de contrapô-lo, desafiá-lo, criticá-lo, revelá-lo falho e, em última análise, para apresentar ao jurisdicionado e às demais Cortes inferiores uma solução diversa para determinada questão.⁸⁸¹ Com efeito, o voto dissidente tem um viés democrático, na medida em serve para expressar desacordos sobre questões difíceis, a respeito das quais a sociedade usualmente encontra-se dividida.⁸⁸²

Os fundamentos dissidentes têm ainda o efeito de conduzir a um desfecho contrário ao voto majoritário, o que se nota pelo seu dispositivo.

É aí que se inserem as diversas teorizações a respeito dos aspectos positivos e negativos do voto dissidente, que se apresenta a seguir num nível de extrema simplificação.⁸⁸³ Do lado negativo, o principal argumento é no sentido de que o dissenso perturba a certeza do direito, afeta a colegialidade e a legitimidade do colegiado.

⁸⁸⁰ Como explica doutrina estadunidense, “the Justices have used dissents to expressly publicize their disagreement with the majority, illustrating for the public the conversations that occurred when the Justices discussed the case in conference. Thus, the modern Court has maintained its legitimacy because of the public’s ability to observe that the Justices develop their opinions by deliberating with one another in a way that conforms to Americans’ views of how democracy should function. Under this approach, dissents represent the deliberative process and the means by which the Court speaks with authority, rather than a method of undermining the power of its voice.” (BOZZO, Peter; EDWARDS, Shimmy; CHRISTINE, April A., Many voices, one Court: The origin and role of dissent in the Supreme Court, **Journal of Supreme Court History**, v. 36, n. 3, p. 193–215, 2011, p. 194).

⁸⁸¹ SCALIA, The dissenting opinion, p. 39–41.

⁸⁸² A exemplo do caso *Obergefell v. Hodges*, recentemente julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, para fins de reconhecer a inconstitucionalidade das legislações estaduais que baniam o casamento homossexual. A Corte demonstrou um forte desacordo, resultado num julgamento de 5 votos contra 4, sendo que todos os julgadores da corrente minoritária redigiram votos dissidentes. Sem adentrar no mérito do julgamento, o fato é que, no plano social, o resultado foi comemorado por muitos, mas lamentado por outros tantos.

⁸⁸³ A respeito do tema, v. SCALIA, The dissenting opinion; BOZZO; EDWARDS; CHRISTINE, Many voices, one Court: The origin and role of dissent in the Supreme Court; GINSBURG, Remarks on writing separately; GINSBURG, Speaking in a judicial voice; POSNER, **The federal courts**.

No entanto, os argumentos não se sustentam. Bem vistas as coisas, ao invocar a certeza jurídica, tal ponto de vista crê na noção de que as questões jurídicas admitem apenas uma solução correta, o que não se coaduna com o pensamento jurídico contemporâneo, conforme tratado ao início deste estudo.-

⁸⁸⁴ No que diz respeito à quebra de colegialidade e ao enfraquecimento da legitimidade da Corte, tratam-se de argumentos ilusórios. Consoante registra Conrado Hübner Mendes, não é propriamente a opção individual pelo voto dissidente que afeta a colegialidade. A bem da verdade, isso dependerá, dentre outras variáveis, do esforço que o julgador faz para convergir com a maioria antes de dissentir, da percepção que se tenha sobre a razoabilidade do voto dissidente e, ainda, da frequência com que determinado julgador dissente. O problema não está, pois, no dissenso em si, mas no seu uso desvirtuado, geralmente para expressar idiossincrasias e caprichos pessoais, em desprezo ao caráter institucional da Corte.⁸⁸⁵

Do ponto de vista positivo, argumenta-se que o dissenso aumenta a legitimidade da Corte diante da consideração das variadas posições e desacordos a respeito de questões de interesse social; que força o aprimoramento do voto da maioria; que serve para moderar a posição majoritária, na medida em que o voto dissente poderia denunciar arbitrariedades e falhas;⁸⁸⁶ por derradeiro, há quem atribua um papel profético ao dissenso, pressagiando futuras mudanças jurisprudenciais.⁸⁸⁷

Em que pese tais perspectivas, o fato é que voto dissidente tem a ver com a intenção de se realçar a deliberação que foi levada a efeito intramuros para se chegar à determinada decisão (destacando, por conseguinte, o engajamento colegiado na resolução de questões legais não raramente

⁸⁸⁴ A questão da certeza do direito foi abordada no item 1.2.

⁸⁸⁵ MENDES, *Constitutional courts and deliberative democracy*, p. 131–132.

⁸⁸⁶ “In its most straightforward incarnation, the dissent demonstrates flaws the author perceives in the majority’s legal analysis. It is offered as a corrective—in the hope that the Court will mend the error of its ways in a later case.” (BRENNAN JR, In defense of dissents, p. 430).

⁸⁸⁷ Em seu clássico texto sobre o dissenso, Brennan aponta para a visão prospectiva do dissenso: *Ibid.*, p. 430–431.

complexas ou relacionadas a assuntos de forte repercussão social, política e econômica) e, em última análise, de outorgar transparência à dinâmica decisória.⁸⁸⁸

No entanto, e a compreensão disso é fundamental, como os Ministros do STF preparam seus votos concomitante e isoladamente e os divulgam serialmente na sessão de julgamento, não há entre as opções decisórias enfrentamento discursivo.⁸⁸⁹ Ou seja, as variadas posições porventura existentes no colegiado raramente passam pela depuração deliberativa.

Cada um dos julgadores divulga o seu voto, de forma sequencial, e, ao cabo dessa rodada de leituras ou pronunciamentos, é feita a apuração dos resultados em relação à proposta do relator.

Circunstancialmente, caso, após apurados os votos, constatar-se que a maioria dos votantes está alinhada com a posição do relator, este se sagra vencedor; os demais, vencidos. Em sentido inverso, se, por acaso, da contagem resultar que a coalizão majoritária perfilhou posição que não a do relator, este resulta vencido.

O que se vê, portanto, é que o voto dissidente é aquele que, após deliberar com a posição majoritária, opõe-se a ela integralmente, ao passo que voto vencido é aquele que, sem se submeter à interação deliberativa, circunstancialmente, não teve a adesão da maioria. Em outras palavras, o voto dissidente é produto da deliberação; o voto vencido, da ausência de deliberação, do mero acaso.

É fácil perceber que, por força da prática de decidir isoladamente antes de deliberar, o que se manifesta no Brasil, e, sobretudo, no STF, é a figura do voto vencido.

Isso significa, em última análise, que os benefícios do dissenso acima sumarizados resultam substancialmente desperdiçados. Quiçá por essa razão é que no Brasil não se dedique atenção a tal voto, seja pelos juristas, seja pelos

⁸⁸⁸ BOZZO; EDWARDS; CHRISTINE, *Many voices, one Court: The origin and role of dissent in the Supreme Court*, p. 206–207.

⁸⁸⁹ DA SILVA, *Deciding without deliberating*, p. 583.

operadores jurídicos. Ninguém se esforça para examinar e compreender o sentido do voto vencido porque ele não representa o produto da deliberação judicial, que, bem estudado, proporcionaria uma melhor compreensão do posicionamento da Corte. Ao contrário, no atual panorama, ele exprime tão-só uma posição individual e isolada, ou seja, as razões pelas quais um julgador, solitariamente, ficou convencido do acerto de uma opção decisória. Novamente, depara-se com o já registrado caráter personalista e opinativo da jurisdição constitucional, que mitiga a caráter institucional do julgamento colegiado.

Devido a essa deficiência, a única forma de se restaurar a essência do dissenso no contexto deliberativo do STF é pela conscientização de sua natureza relacional e dialógica com o posicionamento majoritário.

6.13.3 Entre os extremos: os votos concorrentes

Como exposto preliminarmente, a prática decisória brasileira - e especialmente a vigente do STF - destina pouca atenção à compreensão do verdadeiro conteúdo dos votos individuais. Com efeito, a proclamação do resultado do julgamento é levada a efeito pelo somatório dos resultados de cada voto, ignorando-se os fundamentos individuais que sustentam cada resultado. Logo, somam-se os votos que dão provimento, os que negam provimento e, finalmente, afere-se o resultado. Com isso, tem-se a impressão de que os votos apenas enquadrariam-nestas duas categorias: os que convergem para formar a maioria (vencedores) e aqueles que dela divergem (os vencidos).

Se isso poderia não ser tão problemático em Cortes de correção - preocupadas apenas com a solução do caso concreto -, o fato é que, em Cortes de Precedentes, é mais do que crucial que se tenha conhecimento não apenas da conclusão do voto individual, mas também do seu fundamento. Isso porque a criação do precedente - e mais importante, da *ratio decidendi* que orientará

casos futuros - depende de que se forme uma coalizão majoritária (simples ou absoluta, dependendo do caso) no tocante aos fundamentos de *decisum*.⁸⁹⁰

Ao se dar maior atenção aos fundamentos dos votos individuais (e não apenas as suas respectivas conclusões), percebe-se que, entre a extrema convergência e a extrema divergência, há uma gama de possibilidades intermediárias.

É aqui que entra em cena o voto concorrente. Estruturalmente, voto concorrente é aquele que converge com o resultado do voto majoritário, mas nem sempre adota o mesmo fundamento. Dessa explicação, já se vê que o voto concorrente não é um voto de mera adesão a uma posição já existente no contexto da deliberação, mas surge quando o julgador faz questão de se manifestar mediante declaração de voto, o que pode ser feito tanto pela apresentação de voto por escrito quanto pela transcrição de seu voto no texto da decisão.

Para a melhor compreensão, é mister que se procure sistematizar tal categoria. Para tanto, usar-se-á duas abordagens existentes no direito norte-americano: uma de caráter simplificado e outra mais detalhada.

A opção pelo emprego da teorização no direito comparado não representa uma tentativa de importar irrefletidamente categorias alienígenas para o direito nacional. A rigor, conforme será percebido, muitas vezes os mesmos comportamentos adotados por votantes no contexto estadunidense são semelhantemente constatados no STF. No entanto, aqui, a falta de uma teorização a respeito dos votos concorrentes dificulta o adequado entendimento do julgamento colegiado.

Uma ressalva final é a de que qualquer esquema teórico acaba por simplificar o mundo fático, colocando-o em categorias estanques para facilitar

⁸⁹⁰ “Yet the concurrence may have a substantial effect on the outcome of a case. Such an opinion may prevent the court from reaching a majority opinion or, less dramatically, transform a unanimous holding into a fragmented majority. The concurrence as a practical matter may have a greater effect on subsequent cases than on the majority opinion that it accompanies, especially if the concurrence is one proposing an independent legal basis for the majority’s result.” (RAY, Laura Krugman, The Justices write separately: uses of the concurrence by the Rehnquist Court, *University California Davis Law Review*, v. 23, p. 777–831, 1990, p. 780).

a sua compreensão. Seguramente, a realidade pode se revelar mais complexa e abrangente do que a sistematização a seguir proposta. Porém, isso não tem o condão de obstruir seus benefícios.

6.13.3.1 Classificação simplificada

Denomina-se a primeira classificação de simplificada, porquanto ela apenas discrimina duas categorias de concorrências: a regular e a especial. Tradicionalmente, é a categorização empregada pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

a) Concorrência regular

Buscando explicar tal categoria à luz da dinâmica decisória do STF, é possível constatar que, aquele que anui com a opção decisória que vem a se sagrar majoritária, pode fazer a questão de, mesmo assim, se manifestar mediante declaração de voto (pela apresentação de voto escrito ou transcrição do voto proferido oralmente).

Isso significa que, mesmo concordando e aderindo à posição majoritária no tocante aos fundamentos e ao dispositivo prevalecente, o Ministro opta por apresentar seu voto separadamente. Consoante se tratou anteriormente,⁸⁹¹ em situações como esta, corre-se o risco de se dizer mais do mesmo, já que, frequentemente, as manifestações com declaração de voto prestam-se a dizer, com distintas palavras, algo muito semelhante do que já dito pela relator.⁸⁹² Eventualmente, como explica parte da doutrina norte-americana, a função de tal voto pode ser a de realçar algum aspecto do voto majoritário ou,

⁸⁹¹ V. Cap. 4.

⁸⁹² Por isso mesmo, Kornauser e Sager referem-se a elas, usando a expressão “*two-cents concurrences*”, nas quais o julgador quer aderir aos fundamentos e ao resultado apoiado pela maioria, mas deseja acrescentar seu pensamento a respeito da questão. A expressão idiomática inglesa “*two cents*” é usada nas hipóteses em que alguém anuncia que tentará formular sua modesta opinião a respeito do assunto, a qual não tem maior importância.

alternativamente, reforçar a posição majoritária ao criticar com maior veemência o voto dissidente.⁸⁹³

De qualquer sorte, para fins de nomenclatura e notadamente de compreensão da posição individual, tal voto é ora qualificado como uma concorrência regular (ou simplesmente concorrência com o voto majoritário).

É crucial compreender tal qualificativo, pois as concorrências de tal ordem somam-se ao voto majoritário não apenas para fins de aferição do resultado (isto é, do dispositivo), mas também na contagem daqueles que aderiram aos fundamentos majoritários, dos quais se extrairá a *ratio decidendi*. Portanto, tanto o voto de mera adesão visto anteriormente (manifestação *sem* declaração de voto), quanto aquele que é declarado por escrito ou transcrito para fins de aderir à posição majoritária (concorrência regular) contam como votos integrantes da coalizão majoritária.

b) Concorrência especial

Dentro de tal classificação, o ponto que atrai maior desafio e, por conseguinte, demanda prudente atenção no momento de formação do raciocínio decisório colegiado concerne à identificação daqueles votos que convergem com o voto majoritário no resultado, mas divergem no que diz respeito à fundamentação. Na perspectiva de tal voto, a posição majoritária adotou o resultado certo, mas pelas razões erradas. Afigura-se neste tocante o que se denomina concorrência especial ou ainda concorrência quanto ao resultado do julgamento (ou ao dispositivo).⁸⁹⁴

⁸⁹³ V., a respeito do tema: SCALIA, Antonin, The Dissenting Opinion, **Journal of Supreme Court History**, v. 19, n. 1, p. 33–44, 1994; BOZZO, Peter; EDWARDS, Shimmy; CHRISTINE, April A., Many voices, one Court: The origin and role of dissent in the Supreme Court, **Journal of Supreme Court History**, v. 36, n. 3, p. 193–215, 2011; GINSBURG, Ruth Bader, Remarks on writing separately, **Washington Law Review**, v. 65, p. 133–150, 1990.

⁸⁹⁴ “The other type of concurrence - the special concurrence - indicates agreement with the majority’s disposition of the case but disagrees with the reasoning by which the majority reached its conclusion. In all other respects except its agreement with the majority’s disposition, the special concurrence amounts to a dissent.” (*Ibid.*).

Como parece claro, há uma crucial diferenciação entre as categorias de votos concorrentes: na concorrência regular, o voto manifestado separadamente conta em favor do fundamento e do resultado adotado pela maioria. Por outro lado, a concorrência especial apenas aquiesce com o resultado do julgamento, sendo, portanto, apenas computada para o propósito de disposição do caso (dar ou negar provimento), mas não para fins de contagem dos que aderiram aos fundamentos majoritários.

Por isso mesmo, Richard Posner mencionar que a concorrência especial traz tantos problemas práticos quanto ao dissenso.⁸⁹⁵

Em verdade, a advertência de Posner diz respeito ao fato de que tal espécie de voto pode ter significativo impacto para a concepção da *ratio decidendi*. Ora, na medida em que a formação da *ratio* pressupõe o acolhimento de determinada linha argumentativa pela maioria do colegiado, a presença de votos concorrentes pode contribuir para a fragmentação do Corte. Em casos extremos, a dispersão de correntes impede que uma maioria se forme em torno de alguma delas. Consequentemente, não se constrói um precedente. É aí que reside a problemática derivada da dispersão dos fundamentos (fenômeno denominado *plurality opinions*), que se tratará mais adiante.

6.13.3.2 Classificação detalhada

A classificação detalhada decompõe a concorrência em seis categorias, que são abaixo descritas.

a) Concorrência empática

A empática é a “mais pura” forma de concorrência, já que adere integralmente ao resultado, bem como ao fundamento majoritário. O julgador

⁸⁹⁵ POSNER, *The federal courts*, p. 363.

resolve redigir em separado para enfatizar algum aspecto da *ratio decidendi*, laborando em geral para esclarecer o entendimento majoritário.⁸⁹⁶

Na dinâmica do STF, o voto empático é um dos mais corriqueiros, embora seja mais fruto do acaso do que de uma iniciativa de apoiar o voto majoritário, pelo mesmo motivo apontado no exame voto vencido: o julgador que redige o seu voto antes de deliberar não sabe quais serão as posições que surgirão da deliberação. Logo, apenas descobrirá se está dissentindo ou convergindo ao longo dos pronunciamentos *seriatim*.

Recentes exemplos de votos concorrentes empáticos são encontrados no julgamento (unânime) da ADI 4815, no qual o STF afastou a exigência prévia de autorização para biografias. Todos os Ministros declararam voto em consonância com a relatora, Ministra Carmem Lúcia, merecendo realce, para fins didáticos, o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, que, logo ao início da leitura de seu voto, diz que o caso merece uma maior ênfase em suas conclusões e em especial na sua *ratio decidendi*,⁸⁹⁷ razão pela qual juntava o voto redigido.⁸⁹⁸ Ou seja, tal voto quer realçar, explicar melhor o voto majoritário.

De qualquer sorte, como se tratam de votos que convergem em relação aos fundamentos e ao dispositivo do voto da relatora, a bem da verdade, os Ministros escreveram com diferentes palavras a mesma coisa, não trazendo repercussão no plano da formação do precedente.⁸⁹⁹

⁸⁹⁶ RAY, The Justices write separately: uses of the concurrence by the Rehnquist Court, p. 780.

⁸⁹⁷ STF, Pleno, ADI 4815, rel. Min. Carmem Lúcia, j. 10.06.2015.

⁸⁹⁸ A íntegra do voto proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso encontra-se disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4815LRB.pdf>> Acesso em: 11 jun. 2015.

⁸⁹⁹ Confira-se a explicação de Moore: “In effect, an emphatic concurrence may be precedentially inconsequential. Merely rewording the general rationale of the lead opinion adds nothing to the discussion of the law and has little value as a legal authority.” (MOORE, Ryan M., I concur! Do I matter?: Developing a framework for determining the precedential influence of concurring opinions, **Temple Law Review**, v. 84, p. 743–793, 2011, p. 759).

b) Concorrência expansiva

Trata-se aqui de voto em que o julgador busca ampliar o *holding* ou complementar os fundamentos da posição majoritária para lhe dar maior amplitude. Nessa linha, Laura Krugman Ray elucida que a concorrência expansiva é empregada para alargar a *ratio decidendi* ao sugerir sua aplicação para além dos limites postos pela coalização majoritária.⁹⁰⁰

No julgamento do REsp 638.185/RS,⁹⁰¹ cujo objeto consistia em saber se seria devida correção monetária no período compreendido entre a data de elaboração do cálculo da requisição de pequeno valor e sua expedição para pagamento, a maioria, na linha do voto do relator, Ministro Joaquim Barbosa, afirmou o direito à correção nesse intervalo.

O Ministro Marco Aurélio, no entanto, proferiu voto concorrente expansivo para o fim de decidir que não apenas a correção apenas seria devida neste período, mas também os juros de mora. Logo, o voto concorda que o jurisdicionando faz jus à correção pelas mesmas razões aludidas pela maioria, mas expande o *holding* para abranger os juros de mora.⁹⁰²

c) Concorrência desnecessária

Tal categoria refere-se à hipótese em que voto declarado afirma convergir apenas com o resultado do julgamento perfilhado pela maioria, mas sem que formule qualquer fundamentação alternativa. Bernard Witkin reprovava tal tipo de manifestação, visto que ela carrega os problemas inerentes a um voto concorrente, mas sem produzir os seus benefícios, como o de desafiar os

⁹⁰⁰ RAY, The Justices write separately: uses of the concurrence by the Rehnquist Court, p. 781.

⁹⁰¹ STF, Pleno, REsp 638.185/RS, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 29.05.2003.

⁹⁰² Equivocadamente constou na ata de julgamento que o Ministro Marco Aurélio teria sido vencido. Em verdade, no que diz respeito à correção monetária, seu voto acompanhou a maioria. Apenas no que diz respeito aos juros de mora é que seu voto não conseguiu adesão dos seus pares.

fundamentos do posicionamento majoritário.⁹⁰³ Com isso, alguns autores norte-americanos, entendem que tal voto representa uma incógnita: não se sabe a razão de ter havido uma manifestação em separado, o que apenas gera especulação sobre o motivo e em qual medida o votante pretenderia se distanciar dos fundamentos majoritários. Afinal de contas, se tal juiz concordasse plenamente com a posição majoritária, bastaria que se manifestasse por mera adesão ao voto majoritário; se discordasse, deveria redigir uma concorrência especial.

No entanto, como bem adverte Ryan Moore, trata-se aqui de uma forma mais rara de concorrência, não merecendo maior reflexão no tocante ao seu impacto na formação do precedente. Ora, carente de fundamentação, seu valor precedental é nulo.⁹⁰⁴ Portanto, há que se entender que o voto que afirma tão-só concordar com o resultado, mas que não apresenta fundamentação tem os mesmos efeitos de um voto de mera adesão.

d) Concorrência limitadora

Trata-se aqui de uma concorrência que tenta limitar ou qualificar a *ratio decidendi* do julgado. O julgador argumenta que parte do que foi discutido pela maioria era desnecessário ou considera que a Corte foi muito longe no seu fundamento ou em suas conclusões. Como explica Laura Ray, o voto concorrente pretende restringir a força da posição majoritária. A rigor, a concorrência expressa crítica à extensão do voto majoritário.⁹⁰⁵

É importante notar que a concorrência limitadora não é integralmente a favor da posição majoritária, já que, embora anua com o resultado do julgamento, não aquiesce com a extensão outorgada à *ratio decidendi*.

⁹⁰³ WITKIN, Bernard Ernest. **Manual on appellate court opinions**, St. Paul: West Publishing, 1977, p. 223

⁹⁰⁴ MOORE, I concur! Do I matter?, p. 760.

⁹⁰⁵ RAY, The Justices write separately: uses of the concurrence by the Rehnquist Court, p. 784–785.

No mesmo julgamento acima referido (REsp 638.185/RS), a maioria, alinhando-se com o relator, entendeu ser devida a correção monetária no período compreendido entre a data de elaboração do cálculo da requisição de pequeno valor e sua expedição para pagamento.

Contudo, o Ministro Dias Toffoli concorreu para o fim de dizer que a correção apenas seria devida se, entre os dois marcos temporais em discussão, transcorresse mais de um ano; do contrário, não. Como parece evidente, o voto aquiesce com a tese de que o litigante merece perceber a correção no mencionado intervalo, mas não na ampla extensão outorgada pela tese majoritária. Daí o seu escopo limitador.

e) Concorrência relutante

Na concorrência relutante, o votante deixa claro que não desejaria perfilhar o entendimento da maioria, mas se vê compelido quando se encontra diante de duas hipóteses: primeiramente, quando já há um precedente estabelecendo uma solução para a questão em jogo; em segundo lugar, quando entende ser indispensável que a Corte se pronuncie unificadamente no caso em exame.⁹⁰⁶ No item a seguir (dedicado à ressalva de entendimento), tratou-se mais detalhadamente de um emprego bastante comum dessa espécie de voto.

f) Concorrência especial⁹⁰⁷

Tal forma de concorrência confunde-se com a concorrência especial adotada acima na classificação simplificada, a qual se reporta por brevidade.

⁹⁰⁶ MOORE, I concur! Do I matter?, p. 762; RAY, The Justices write separately: uses of the concurrence by the Rehnquist Court, p. 783.

⁹⁰⁷ A doutrina norte-americana usa o termo “*doctrinal concurrence*”, que corresponde, em substância, à concorrência especial. Optou-se por não se traduzir o termo para concorrência “doutrinal”, tendo em vista que o termo “*doctrine*” no âmbito da *common law* difere do adotado no Brasil. Lá, significa, em suma, princípio, teoria ou entendimento jurídico comumente consagrado por meio de precedente, e não a construção teórica de juristas, tal como significa aqui.

6.13.4 A ressalva de entendimento

Por ora cabe fazer alusão a uma peculiar forma de manifestação dos votantes em Cortes colegiadas brasileiras, mas que é pouco considerada teoricamente. Trata-se da prática brasileira da “ressalva de entendimento”.⁹⁰⁸ Basicamente, por intermédio de tal prática, o julgador integrante de uma Corte colegiada busca registrar sua discordância pessoal em relação à determinada opção decisória, mas, paradoxalmente, a ela se submete.

Na praxe, a ressalva de entendimentos manifesta-se de duas formas.

Na primeira delas, embora faça questão de indicar sua desaprovação em relação à determinada linha de fundamentação, o julgador não elucida o porquê de sua postura, furtando, o colegiado e os jurisdicionados do conhecimento de sua motivação. É, por exemplo, quando o julgador diz enigmaticamente que há, em tese, melhor fundamento jurídico para resolver a questão, mas não o apresenta.

Na segunda forma, o julgador igualmente submete-se ao entendimento (leia-se, a tese jurídica) predominante na Corte, mas registra de forma bastante sucinta que a está aceitando a contragosto; que, se pudesse, seguiria outra linha (geralmente faz referência breve a ela). É o exemplo do votante que já apresentou tese jurídica em julgamento antecedente, que acabou sendo rejeitada pelo colegiado. Num subsequente caso tratando da mesma questão, o julgador submete-se ao fundamento majoritário que formou o precedente, mas faz a ressalva de que, se lhe fosse dado decidir, optaria pelo caminho decisório que pessoalmente manifestara outrora.

Portanto, o que distingue a primeira categoria da segunda é que nesta última o julgador justifica concisamente a sua ressalva de entendimento, ao passo que na primeira não.

⁹⁰⁸ O presente tópico originou-se da gentil contribuição do Professor Sérgio Cruz Arenhart por ocasião da banca de qualificação desta tese, que me sugeriu o exame do papel desta “jabuticaba” na prática decisória brasileira. Por isso, registro aqui meu agradecimento.

Cumpra agora entender a natureza da ressalva de entendimento para efeitos de aferição do resultado de um julgamento. Nesse passo, a abordagem teórica das categorias de votos acima tratada pode facilitar substancialmente a compreensão deste aspecto da deliberação judicial brasileira.

Tecnicamente, a ressalva de entendimento não corresponde ao voto de adesão, tampouco se pode qualificar como um voto dissidente, uma vez que este pressupõe a oposição quanto ao resultado.

Como parece claro, a única categoria que remanesce é a da concorrência. De plano, há que se descartar a inclusão da ressalva de entendimento entre as concorrências empática, ampliativa e limitativa, já que estas categorias pressupõem uma aprovação - em igual, maior ou menor extensão - do *holding* do voto majoritário. Já a concorrência especial não implica mera hesitação desgostosa na aceitação do entendimento do voto majoritário, mas na explícita discórdia, que conduz à formal apresentação de distinto fundamento para amparar o resultado, o que não se coaduna com a ressalva de entendimento.

Com isso, resta a concorrência desnecessária e a relutante.

Ao que parece, a primeira forma de ressalva de entendimento antes referida enquadra-se adequadamente na categoria da concorrência desnecessária. Ora, o votante declara voto para o fim de convergir com o resultado majoritário, mas ressalva seu entendimento em relação à fundamentação, por não reputá-la a mais acertada. Porém, contraditória e enigmaticamente nada diz a respeito de qual seria o caminho adequado a ser seguido. A ressalva de entendimento lança uma incógnita ao ar. Para fins didáticos, nomeia-se tal ressalva de entendimento, por ser resultado de um voto concorrente desnecessário, de “ressalva desnecessária” ou “incógnita”.

Para fins de cômputo e proclamação de voto, há que se entender a ressalva desnecessária como tendo os mesmos efeitos de um voto de mera de adesão. Vale dizer, é plenamente convergente com o resultado e também com o fundamento, eis que, ao omitir-se sobre a suposta motivação alternativa, o julgador subordina-se à vontade majoritária. Afinal de contas, se

verdadeiramente reputasse seu ponto de vista determinante para o irrepreensível julgamento do caso, por uma questão de responsabilidade profissional e de respeito à ética deliberativa (mormente, a colegialidade, a ambição cognitiva e a empatia),⁹⁰⁹ era seu dever declarar formalmente sua posição mediante uma concorrência especial.

No que toca à segunda forma de ressalva de entendimento, o julgador consigna em seu voto a relutância em aceitar certo entendimento, mas resulta cedendo. A rigor, dentro da classificação antes proposta, tal manifestação com declaração de voto qualifica-se como uma concorrência relutante. Por isso, usa-se aqui o termo “ressalva relutante de entendimento.”

Mas qual a razão da relutância? Quatro são as possibilidades:

a) o julgador entende que o *fundamento* adotado pela maioria é errado, mas o resultado correto. Contudo, há precedente formado em caso anterior, no qual este julgador apresentou fundamento alternativo mediante *concorrência especial*, que deixou de ser acolhido pela Corte.

b) o julgador entende que o *fundamento* e o *resultado* adotados pela maioria são errados. Todavia, há precedente formado em caso anterior, no qual este mesmo julgador apresentou voto *dissidente*.

c) o julgador entende que o *fundamento* e/ou o *resultado* adotado pela maioria são equivocados. Todavia, há precedente estabelecido em julgamento anterior, do qual este julgador não pôde participar.

d) o julgador entende que o *fundamento* e/ou o *resultado* são equivocados, mas abdica de seu posicionamento em nome da estabilidade e da segurança jurídica que uma decisão coesa pode propiciar à sociedade.

É possível notar que as ressalvas de entendimento feitas nos itens “a”, “b” e “c”, correspondem a uma submissão da vontade individual a um precedente da Corte. Ou seja, o julgador, ainda que a contragosto, sente-se

⁹⁰⁹ Para uma compreensão das virtudes éticas da fase de interação colegiada, especialmente as mencionadas “collegiality”, “cognitive ambition” e “empathy”, v. MENDES, **Constitutional courts and deliberative democracy**, p. 126–136.

compelido a reprimir sua posição pessoal em favor do entendimento construído pelo colegiado em caso anterior.

Particularmente, no tocante aos itens “a” e “b”, como o julgador participou da deliberação colegiada em que se formou o precedente e ali manifestou seu entendimento (seja por meio de um voto concorrente, seja por meio de um voto dissidente), sua posição individual, portanto, já foi submetida ao debate colegiado, porém descartada.

Alguém poderia questionar se este julgador deve, por coerência pessoal, permanecer manifestando-se da mesma forma em casos subsequentes (que tratem de questão idêntica ou análoga) ou se, inversamente, deve assimilar o entendimento privilegiado pela Corte.

Pois bem. De acordo com as premissas aqui assentadas, a perspectiva institucionalista preconiza a submissão da vontade individual ao filtro da deliberação colegiada. A partir do momento que determinada posição é exposta ao escrutínio do debate colegiado e resta legitimamente rejeitada, o julgador há que se conformar com a decisão em prestígio à vontade institucional. Afinal de contas, como bem elucida Conrado Hübner Mendes, a colegialidade não acolhe “solistas”, não se coaduna com os desacordos insignificantes, frutos do mero capricho e, mais enfaticamente ainda, um “fórum deliberativo deve ser imunizado contra o culto da celebridade.”⁹¹⁰

Nessa linha, a única forma de se compreender a ressalva de entendimento “relutante” descritas nos itens “a” e “b”, *supra*, é no sentido de fazer as vezes de uma nota de referência, na qual o julgador consigna a ressalva para salvaguardar sua coerência pessoal: diz que aplica o precedente da Corte formado em julgamento em que foi vencido, ao qual se reporta em caráter unicamente informativo.⁹¹¹ Logo, o seu voto deve ser compreendido como plenamente convergente com a vontade da maioria (que está aplicando o

⁹¹⁰ *Ibid.*, p. 133.

⁹¹¹ Aliás, ao invés de redigir longo arrazoado no corpo do texto sobre a ressalva e a posição que fora rejeitada, o julgador poderia apenas inserir uma nota de referência, abaixo do texto, para a hipótese de que alguém queria compreender a sua posição.

precedente) e não a repriminção de algo já superado pela deliberação colegiada.

Na ressalva de entendimento descrita no item “c”, há, outrossim, a submissão ao precedente. A nota distintiva aqui é que o julgador não participou da deliberação que construiu o precedente. No entanto, não é por esse motivo que deve ser franqueado a ele desobedecer ou rever o precedente, por mero desacordo ou capricho. Afinal de contas, o precedente foi formado pela Corte, enquanto instituição dotada de perenidade, não sendo, pois, de titularidade de um grupo determinado de juízes, muito menos de um julgador em particular. Sem mencionar que o princípio do *stare decisis* impõe aos julgadores o respeito às decisões do passado, exceto, é claro, quando justificadas mudanças de ordem social, jurídica, econômica ou política requeiram uma revisão do entendimento perfilhado pelo precedente (*overruling*).

Logo, o seu voto, em circunstâncias como estas, para fins de cômputo no julgamento em curso, deve ser compreendido como inteiramente em consonância com o precedente.

Alguém poderia argumentar que a ressalva de entendimento na hipótese “c”, prestaria para que o julgador sinalizasse (para o colegiado e para a sociedade) que, se a questão objeto do precedente voltar a ser debatida pela Corte num futuro próximo, encontrar-se-ia ele inclinado a revogar o precedente ou, quanto menos, a remodelar sua *ratio* diante de novas circunstâncias.⁹¹²

A melhor alternativa para tal propósito, no entanto, parece ser a de que, antes de registrar tal entendimento em voto em separado, o respectivo julgador deva suscitar tal questão no curso da deliberação colegiada. Ora, se o julgador conscientemente considera oportuno que a *ratio* venha a ser revisitada, há que reconhecer, antes de tudo, que não se trata de um assunto a ser decidido no plano individual. É a instituição quem deve levar a efeito tal ordem de ponderação. Obviamente que o caminho para tanto é o debate colegiado, onde o tema deve ser ventilado; e não por intermédio da redação de um voto que

⁹¹² Sobre a construção paulatina da “ratio decidendi”, v. MARINONI, **Precedentes obrigatórios**, p. 249–250.

aquiesce estrategicamente com a maioria, mas, sobre o inocente pretexto de consignar uma reserva de entendimento, tece argumentação destinada a mitigar a força do precedente que já fora privilegiado pela Corte.

Ora, a rigor, muito mais do que uma ressalva, afigura-se em tal hipótese um “dissenso estratégico”. Portanto, pelas mesmas razões expostas acima, é de se concluir que tal manifestação do julgador, que age como um “solista”, não se harmoniza com um padrão esperado de uma Corte deliberativa.

Por fim, no tocante à última forma de ressalva de entendimento, o julgador registra seu desacordo quanto à posição majoritária, mas abre mão de sua vontade em nome da estabilidade e da segurança jurídica que uma decisão coesa pode proporcionar à sociedade. A postura encontra seu lema na declaração do presidente da República e posteriormente *Chief Justice* da Suprema Corte dos Estados Unidos durante os anos 20, William Howard Taft, quando afirmou ser mais relevante manter-se leal à Corte e fortalecer suas decisões do que meramente registrar o dissenso em casos em que há um clamor pela unidade do direito.⁹¹³

A ressalva de entendimento nesta última hipótese é suscetível de críticas, sobretudo pela sua patente inutilidade. Ora, seguramente o entendimento pessoal do julgador a respeito da questão em disputa não é substancialmente relevante, caso contrário ele não abriria mão de escrever separadamente em benefício da colegialidade. Portanto, tal forma de manifestação deve ser evitada.

6.14 Encerramento da fase redacional e proclamação do resultado

Ao se reconhecer que os votos individuais podem ser entendidos à luz da sistematização ora apresentada, constata-se, por conseguinte, que eles

⁹¹³ “I don’t approve of dissentings generally, for I think in many cases where I differ from the majority, it is more important to stand by the Court and give its judgment weight than merely to record my individual dissent where it is better to have the law certain than to have it settled either way.” (CLAYTON; GILLMAN, *Supreme Court decision-making*, p. 93).

podem traduzir distintas manifestações. Reduzir seu significado apenas ao seu resultado (dar ou não provimento, declarar ou não a inconstitucionalidade, por exemplo), como é comumente feito no STF, é perder parcela relevante do fenômeno decisório colegiado.

Logo, uma teorização ideal a respeito dos votos individuais deve levar em conta não só como o magistrado se situa em relação ao resultado, mas também quanto ao fundamento. Valendo resgatar que o isolamento da posição individual quanto ao fundamento é o que realmente importa para a concepção do precedente.

Neste contexto, os votos de mera adesão ou os que dissentem da coalização majoritária são menos problemáticos, já que traduzem a integral aceitação ou a absoluta rejeição dos fundamentos majoritários. Para fins de proclamação do resultado do julgamento colegiado, são eles facilmente isoláveis e computáveis.

Algo não tão nítido transcorre com os votos concorrentes. Sob o enfoque da convergência com o voto majoritário, os votos concorrentes podem ter diferentes gradações, a depender da categoria cogitada e do contexto do caso. Na classificação simplificada, a concorrência regular soma-se ao posicionamento majoritário e contribui para a formação da *ratio decidendi*, ao passo que a concorrência especial não. Como se verá a seguir, o excesso de concorrências especiais pode ocasionalmente levar à dispersão do colegiado e inibir a formação da *ratio decidendi* (*plurality opinion*).

Já na classificação detalhada, as concorrências empática, ampliativa e a desnecessária perfilham o fundamento majoritário e, sendo assim, favorecem a formação do precedente. Para fins da proclamação de voto, também contam como se fossem votos de adesão. A ampliativa, porém, naquilo que procura ampliar a *ratio*, resulta sendo rejeitada pela Corte.

No que diz respeito às concorrências relutantes, vale o antes dito sobre as reservas de entendimento. Embora manifestando maior ou menor grau seu descontentamento, o fato é que o julgador, em última análise, aquiesce com a posição que prevaleceu no debate colegiado.

Em geral, a concorrência limitativa não se alinha perfeitamente com os fundamentos majoritários e, a depender das circunstâncias, podem ser mais ou menos convergente. É apenas no caso concreto que o grau de superposição pode ser aferido.

Já a concorrência especial, como registrado acima, por recusar o fundamento majoritário de nada serve sob o ângulo de constituição do precedente; tão-só para o cômputo do resultado.

Reconhecido o proveito de tal sistematização, é crucial que, ao término da deliberação, seja possível identificar tecnicamente a categoria de cada voto individual. Não se trata aqui, vale esclarecer, de mero apego a nomenclaturas. O que realmente se pretende - independente do título que se outorgue a cada categoria de voto - é tornar mais clara a intervenção de cada membro do colegiado e sua participação na geração da *ratio decidendi*.

Por isso, uma forma de racionalização desta etapa do julgamento colegiado e de facilitação da compreensão do sentido de cada voto é adotar uma técnica semelhante ao que existe na Suprema Corte dos Estados Unidos, em que, logo no início da decisão, consta o *syllabus*, resumo que identifica o voto majoritário e seu redator (a *court opinion*), os julgadores que aderiram a ele, bem como a precisa categoria dos demais votos que foram apresentados individualmente. Com isso, o *Justice* que resolve declarar seu voto individual - que lá é sempre manifestado por escrito - precisa informar se está apresentando um voto dissidente, uma concorrência regular ou uma concorrência especial. O que há de interessante nisso é que, ao noticiar a categoria de cada voto, dá-se conhecimento ao leitor não apenas do resultado perfilhado por cada julgador, mas também se houve distanciamento dos fundamentos majoritários.

A prática de fazer consignar o *syllabus* no preâmbulo da decisão nasceu apenas em 1971, na Corte Burger, e teve como propósito evitar que as coalizões tivessem que ser compreendidas pela análise de todos os votos.⁹¹⁴

⁹¹⁴ CORLEY, Pamela C.; STEIGERWALT, Amy; WARD, Artemus, **The puzzle of unanimity: consensus on the United States Supreme Court**, Stanford: Stanford Law Books, 2013, p. 98.

A doutrina norte-americana explica que o surgimento do *syllabus* fez os *Justices* mais responsáveis pelo seu voto e permitiu a compreensão mais eficiente da correlação entre os votos individuais e o voto majoritário. Evidentemente, porém, que tal dinâmica apenas é imaginável dentro de um processo decisório que se notabiliza por preliminarmente identificar a posição institucional (majoritária) e, num passo seguinte, permite que os votos individuais sejam formulados de forma a rivalizar ou contrapor o entendimento majoritário.⁹¹⁵

No atual padrão decisório do STF, porém, em que a teoria do julgamento colegiado baseada na lógica *seriatim* apenas requer que se consigne no extrato da ata o resultado de cada voto e dispensa que os votos individuais interajam entre si, o emprego de algo semelhante ao *syllabus* não faria sentido.

Melhor explicando. Embora a sistematização antes proposta leve em conta o voto individual em relação ao posicionamento majoritário (ou seja, toma em consideração se ele adere, concorre ou dissente), a verdade é que, na atual dinâmica do STF, como cada Ministro redige o seu voto antes de deliberar, não se tem ciência de quais posições surgirão da deliberação, tampouco da qual irá prevalecer. Logo, diante da ausência de deliberação preliminarmente à preparação dos votos, comumente os julgadores apenas descobrirão se estão convergindo, dissentindo ou concorrendo após o desfecho dos pronunciamentos *seriatim*. Como é nítido, nessa dinâmica antideliberativa, a concorrência e a dissidência são muito mais frutos do acaso do que da interação colegiada.

Para compreender melhor esse aspecto, basta recordar da dinâmica decisória da Suprema Corte norte-americana, na qual os votos dissidentes e concorrentes são elaborados tendo como parâmetro a minuta da *court opinion* que fora preliminarmente circulada. Em outras palavras, as dissidências ou concorrências, neste arranjo institucional, nascem de uma lógica dialógica, já

⁹¹⁵ *Ibid.*

que têm por escopo desafiar e apontar debilidades na posição majoritária, de modo a aprimorá-la.⁹¹⁶

No Brasil, a atual prática e disposição procedimental não possibilita que isso aconteça de forma natural. Por isso mesmo, conforme visto anteriormente, é preciso buscar o aprimoramento da deliberação, de sorte tal que as posições sejam ventiladas e debatidas antes que os votos sejam proferidos.

Do mesmo modo, é crucial compreender a natureza da cada voto, para que os julgadores conscientizem-se que votar aleatoriamente pouco contribui para que a Corte cumpra sua tarefa institucional de outorgar unidade ao direto. Afinal de contas, não se pode perder de vista que o mote destes votos é justamente a de provocar o aprimoramento do voto majoritário.⁹¹⁷

Para tanto, assim como o voto majoritário, todos os demais votos que venham a ser redigidos devem ser circulados antes que se proclame o resultado, merecendo constar em cada um deles a relação com o posicionamento majoritário (se concorre concordando com os fundamentos majoritários, se concorre adotando distintos fundamentos ou se dissidente).

Apenas depois de concluída tal fase, com a ratificação dos votos traduzidos no texto deliberativo, é que se deve proclamar o resultado. É crucial, portanto, que os Ministros redatores das posições majoritária, concorrente e dissidente sejam fiéis ao que sucedeu na deliberação colegiada. Do contrário,

⁹¹⁶ “The prospect of a dissent or separate concurring statement pointing out an opinion’s inaccuracies and inadequacies strengthens the test; it heightens the opinion writer’s incentive to ‘get it right.’” (GINSBURG, Remarks on writing separately, p. 139).

⁹¹⁷ Cite-se novamente o pensamento de Scalia: “The most important internal effect of a system permitting dissents and concurrences is to improve the majority opinion. It does that in a number of ways. To begin with, the mere prospect of a separate writing renders the writer of the majority opinion more receptive to reasonable suggestions on major points. I do not mean to minimize the extent to which, even in the absence of a system of dissenting opinions, the colleagues of the judge who drafts the opinion can suggest and obtain desirable changes; that happens in our Court as well, not only when the opinion is unanimous, but even among the five (or six or seven or eight) Justices who form the majority in a split decision. However, human nature being what it is, nothing causes the writer to be as solicitous of objections on major points as the knowledge that, if he does not accommodate them, he will not have a unanimous court, and will have to confront a separate concurrence.” (SCALIA, The dissenting opinion, p. 41).

corre-se o risco de que aqueles que haviam a elas aderido na deliberação presencial (mediante voto de mera adesão) revejam seu posicionamento, uma vez que lhes é dado alterar o voto até a proclamação do resultado (art. 941, § 1º, CPC).

6.15 Dispersão do resultado e dispersão dos fundamentos dos votos: a questão das *plurality opinions*

Como visto no item anterior, a compreensão dos votos individuais permite contemplar se determinada decisão é, de fato, majoritária. Isto é, se além de convergir com determinado resultado, há também uma formação majoritária - que, no caso da atuação do Plenário do STF, depende do voto de seis Ministros - em torno de uma linha de fundamentação. Afinal de contas, a concepção de um precedente, como explicam Summers e Atiyah, é possível quando há unanimidade ou uma clara maioria suportando determinada *ratio decidendi*.⁹¹⁸

Com isso, a compreensão dos votos individuais pode indicar a formação da *ratio decidendi* ou, em sentido contrário, que, a despeito da deliberação, a Corte apresenta-se fragmentada em torno de distintas teses que dão suporte ao mesmo resultado.

Com efeito, há casos em que o colegiado se dispersa, erigindo linhas argumentativas que não contam com a aderência da maioria. Suponha-se a hipótese de uma ação direta de inconstitucionalidade em que a linha argumentativa proposta pelo relator angarie três julgadores para o fim de dar provimento a ação; a posição dissidente conta com três votos e, por fim, quatro votos aderem a uma concorrência especial. A rigor, sob o ponto de vista do dispositivo, oito julgadores concordam em prover a ação. Todavia, o resultado majoritário (dar provimento) está alicerçado em razões não respaldadas pela maioria (4 x 4), dado que nem a linha argumentativa do relator, tampouco a do

⁹¹⁸ ATIYAH; SUMMERS, *Form and substance in Anglo-American law*, p. 121.

voto concorrente angariaram a adesão da maioria dos membros do colegiado (seis votos).⁹¹⁹

Na prática do STF, não se tem atentado para situações de tal ordem, uma vez que, num colegiado constituído por número ímpar de julgadores, a dispersão geralmente não traz problemas no plano da aferição do resultado, mas pode acarretar para a compreensão da adesão aos fundamentos.

Portanto, ainda que, em exemplos como esse, haja uma significativa coalização majoritária (8 x 3), trata-se de uma maioria quanto ao resultado. Em verdade, a Corte está fortemente dividida quanto se pensa nos fundamentos adotados (4 x 4 x 3).

Se a dispersão quanto ao resultado geralmente não traz maiores problemas no que diz respeito à solução do caso concreto (exceto nas hipóteses excepcionais de empate),⁹²⁰ a dispersão quanto aos fundamentos afeta diretamente a concepção do precedente, já que dificulta - e, frequentemente, impossibilita - a formação de sua *ratio decidendi*. Como parece óbvio, tal tema tem grande importância no âmbito das Cortes de Precedentes.

Vale repetir que, tanto o STF quanto as Cortes inferiores, para aferir o valor precedental de um julgado, devem concentrar a atenção não apenas em seu dispositivo, mas essencialmente em seus fundamentos, o que, por sua vez, demanda a compreensão da relação dos votos individuais com os fundamentos (tema explorado no item anterior).

Cabe, no entanto, avançar agora no exame das formas encontradas para solucionar o problema da dispersão de votos.

⁹¹⁹ Atente-se para outro exemplo: “Indeed, if the majority vote coalition is minimum winning by the smallest possible plurality - such as 5-4 or 4-3 - a special concurrence precludes the formation of a majority opinion coalition. Fewer than a majority of the participants agree on common language. As a result, the case is decided by a judgment of the Court. Its authority as a precedent, as a guide to the decisions of other courts, is severely compromised. Only the decision is authoritative, not necessarily the reasoning whereby the Court reached its conclusion.” (SPAETH; SEGAL; BENESH, **The Supreme Court in the American legal system**, p. 334-335).

⁹²⁰ O tema será tratado no item seguinte.

Primeiramente, vale consignar que a doutrina brasileira não ignora o fenômeno da dispersão de votos,⁹²¹ porém a abordagem nacional tem um caráter preventivo e dirigido à correção da dispersão dos resultados dos votos individuais. Assim, na concepção tradicional, dispersão de votos é a divergência surgida no colegiado que impede a proclamação do resultado para determinado caso.

Como é natural, em face do momento histórico em que foi examinada, a temática foi pensada à luz das Cortes de correção. Em outras palavras, além de ter por foco os Tribunais de Justiça, a preocupação dos processualistas que se debruçaram sobre a questão era a de projetar uma técnica que resolvesse o caso concreto na hipótese de dispersão de votos que viesse a impedir a aferição do resultado do julgamento. Logo, não havia propriamente o interesse de se compreender os fundamentos majoritários da decisão colegiada.

Evidenciando tal perspectiva, Egas Moniz de Aragão afirmava ser dever do Presidente “procurar a solução do problema, não lhe sendo lícito deixar a causa sem decisão.”⁹²² Por isso mesmo, a abordagem prevalente no Brasil foi a de buscar prevenir a dispersão de votos; remediá-la ainda no curso do julgamento. Como não poderia ser diferente, a preocupação teórica era a de outorgar uma resposta aos litigantes do caso concreto e não a de conceber uma decisão que pudesse definir a compreensão de questão de direito e, assim, regular casos futuros.⁹²³

⁹²¹ Como anota Barbosa Moreira: “Pode acontecer que nenhuma das soluções alvitradas reúna o sufrágio da maioria.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa, **Comentários ao Código de Processo Civil - v. V**, Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 486).

⁹²² MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu, **Embargos de nulidade e infringentes do julgado**, São Paulo: Saraiva, 1965, p. 176.

⁹²³ Embora não tenham analisado a questão na perspectiva dos precedentes, autores como Egas Moniz de Aragão e Barbosa Moreira, em escritos das décadas de 60 e 70, já deixavam clara a diferença entre fundamento do acórdão e fundamento do voto, bem como apontavam para o risco de que, ao não se dar atenção aos votos individuais, poder-se-ia estar somando “pensamentos heterogêneos” para aferir o resultado. Sobre isso, v. *Ibid.*, p. 177–178; BARBOSA MOREIRA, **Comentários ao Código de Processo Civil - v. V**, p. 485–488.

Pense-se no exemplo clássico de dispersão quantitativa. Os julgadores, ao decidirem a apelação, não discordam do fundamento - que o dano mereça ser reparado, que a dívida deva ser paga, que os honorários advocatícios sejam devidos -, tampouco que o recurso mereça ser provido, mas divergem sobre a quantia a ser fixada.⁹²⁴ Como o enfoque geralmente volta-se para um colegiado de três julgadores, quando cada um deles arbitra diferentes quantias, o jurisdicionado não sabe qual dos votos merece preponderar.

Para problemas de ordem quantitativa, e diante da ausência de previsão normativa, a doutrina apresenta como solução os critérios da média aritmética (divide-se o somatório das quantias pelo número de votos) ou da continência (procura-se identificar qual das quantidades fixadas nos diferentes votos se acha contida no menor número de pronunciamentos suficientes para compor a maioria).⁹²⁵

Na dispersão qualitativa, as soluções são distintas. Imagine-se a hipótese em que um dos julgadores dá provimento ao recurso para determinar que o réu restaure o dano causado (ressarcimento na forma específica); o segundo julgador dá provimento ao recurso para determinar o ressarcimento pelo equivalente, ao passo que o terceiro entende que o dano não foi provado e, portanto, nega provimento ao recurso.

Diante desse problema, Barbosa Moreira explica as três soluções no direito comparado, algumas delas acolhidas por Regimentos Internos de tribunais brasileiros:

- a) o que obriga os juízes adeptos das soluções menos sufragadas a aderir a uma das outras correntes mais numerosas, a fim de que alguma destas se torne majoritária;
- b) o que determina a convocação de outros juízes para participarem do julgamento, em número bastante para propiciar o desenlace;
- c) o que manda proceder a nova votação entre duas das votações conflitantes, excluindo-se a que for vencida, e depois a uma terceira votação, entre a solução vencedora e qualquer das outras, repetindo-

⁹²⁴ Confira-se: “A disparidade de votos pode ser quantitativa. Acontece de os três julgadores acolherem o pedido, mas condenarem o réu em quantias diferentes.” (ASSIS, Araken de, **Manual dos recursos**, 2. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 356).

⁹²⁵ BARBOSA MOREIRA, **Comentários ao Código de Processo Civil - v. V**, p. 486–488.

se o procedimento sucessivamente, até que só restem duas soluções, das quais será adotada como pronunciamento do órgão, a que reunir maior número de sufrágios.⁹²⁶

Como parece claro, para remediar a dispersão qualitativa, ou os julgadores se veem obrigados a abandonar sua posição originária ou se emprega a técnica de ampliação do colegiado (na expectativa de que com a supervotação a dispersão seja sanada).⁹²⁷

Veja-se que o método obriga os julgadores a votarem em alternativa não desejada ou a verem determinada posição eliminada pela votação. Se isso não atrai tantos problemas para uma Corte que apenas tem por função dar uma resposta ao caso concreto (dirigida ao resultado), parece não ser concebível aplicar a mesma lógica numa Corte de Precedentes (que preza essencialmente pelo efeito prospectivo e normativo das razões de decidir).

Isso porque tais técnicas acabam entrando em conflito com um dos postulados da racionalidade majoritária e democrática aqui sustentada,⁹²⁸ que, em síntese, outorga aos julgadores de uma Corte de Precedentes o direito de proferir votos concorrentes e dissidentes, de sorte tal que transpareçam na decisão colegiada as posições aventadas na deliberação.⁹²⁹

⁹²⁶ *Ibid.*

⁹²⁷ A técnica de julgamento que substitui os embargos infringentes no novo Código de Processo Civil parece adotar uma lógica análoga, já que pressupõe a convocação de “outros julgadores”, quando “o resultado não for unânime”. É interessante notar que a doutrina brasileira que mais se dedicou ao estudo do tema do precedentes e da função das Cortes Supremas, reconhece que tal técnica visa a solução do caso concreto e não a formação de precedentes, a ver: “O art. 942 do CPC, é uma técnica que visa ao julgamento do caso concreto: por essa razão, não tem sentido empregá-la no julgamento dos incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, cujo objetivo comum é o de formar jurisprudência vinculante no âmbito das Cortes de Justiça. A técnica também não se aplica aos julgamentos proferidos pelo plenário ou órgão especial, porque aí o julgamento já é formado a partir de significativa pluralidade no debate.” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, **Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum**, p. 565).

⁹²⁸ V. DOUGLAS, William O., The dissent: A safeguard of democracy, **Journal of the American Judicature Society**, v. 32, p. 104, 1948.

⁹²⁹ Para uma análise dos votos dissidentes como manifestação o ideal da democracia deliberativa, v. STACK, The practice of dissent in the Supreme Court.

Por isso, a adoção das técnicas tradicionais ora citadas numa Corte de Precedentes, tendentes a criar uma convergência forçada, não seria prudente, tampouco adequada a sua função institucional.⁹³⁰ A bem da verdade, aquiescer com a adoção de técnicas de supressão de pontos de vista em tais Cortes, seria algo equivalente a implantar um sistema de julgamento colegiado segundo a racionalidade *per curiam*, no qual as posições dissonantes são tolhidas para que a Corte apresente uma falsa unanimidade (mesmo em situações de dispersão interna).

Portanto, não parece que tais técnicas, ao criarem uma maioria artificial, sejam consentâneas com a lógica de uma Corte de Precedentes. Quiçá por isso, soluções de tal ordem não encontrem mais previsão no Regimento Interno do STF.

Dito isso, cabe dar atenção a outra faceta do problema: como lidar com a dispersão de fundamentos no âmbito do julgamento colegiado? Em outras palavras, admitindo-se que certas decisões contenham a dispersão do colegiado quanto às razões de decidir, de modo tal que nenhuma linha argumentativa seja aderida pela maioria, como tal decisão deve ser interpretada? É possível dela extrair algum valor precedental? A decisão colegiada orientará casos futuros?

Nesse âmbito de reflexão, é interessante notar como o direito norte-americano se porta diante de tal problema, sobretudo no que diz respeito à interpretação da força precedental do julgado. Como se verá aqui, na tradição da *common law* não se tem tanto a preocupação de prevenir a dispersão dos fundamentos que suportam certo resultado, mas de saber interpretar uma decisão com tal feição.

O fenômeno, ainda que considerado problemático, é compreendido e aceito. A razão é singela e confunde-se com o que se elucidou acima: num sistema em que se permite a manifestação individual dos julgadores, não se

⁹³⁰ NOVAK, The precedential value of Supreme Court plurality decisions, p. 760.

concebe que estes possam ser compelidos a abandonar sua posição e a aderir a uma outra da qual discordam.

Portanto, a preocupação no contexto estadunidense não reside em inibir a possibilidade de dispersão dos fundamentos do *decisum*, mas em saber como interpretar o caráter precedental de decisões fragmentadas (isto é, aquelas em que nenhum das razões de decidir atraia a maioria da Corte).⁹³¹

Para expressar tal fenômeno, emprega-se no contexto norte-americano o termo *plurality opinion* ou *no-clear-majority opinion*, que corresponde simplesmente ao voto que congrega o maior número de julgadores comparado com as demais correntes existentes, mas não chega a formar uma maioria absoluta (mais da metade do colegiado ou, simplesmente, a *majority opinion*).⁹³² Em tais hipóteses, há convergência da maioria absoluta quanto ao resultado do julgamento, mas não em relação à linha argumentativa que dá suporte a este resultado.⁹³³ Com explica Linda Novak, as *plurality opinions* têm por base dois fatores: em primeiro lugar, a presença de posições inconciliáveis na deliberação (impedindo a formação da maioria absoluta); em segundo lugar, a necessidade do colegiado dar uma resposta ao caso concreto.⁹³⁴

Um clássico exemplo é caso *Furman v. Georgia*, no qual a Suprema Corte estadunidense decidiu pela inconstitucionalidade da lei que regulava a pena de morte no Estado da Georgia. Cada um dos cinco julgadores que

⁹³¹ Veja-se a reflexão de Stack sobre a função dos votos dissidentes: “Dissenting opinions preserve the dialogue of previous Courts concerning questions of law. If only the majority opinion were public, future judges could only consider the Court’s reasons for a judgment. The addition of the practice of dissent gives judges access to the conversation that produced the particular reasons for a judgment. Dissenting opinions are thus valuable not only if they capture the majority of a future court; dissenting opinions are also valuable as carriers of judicial conversation through time; they connect the dialogue of generations of Justices and judges with one another. These opinions enable the Justices and other judges to participate in an intertemporal conversation that may be a defining feature of the judiciary.” (STACK, Kevin M., *The Practice of Dissent in the Supreme Court*, **Yale Law Journal**, p. 2235–2259, 1996, p. 2257).

⁹³² Por exemplo, uma linha argumentativa que congrega quatro *Justices* na Suprema Corte dos Estados Unidos ou cinco Ministros no Supremo pode ser considerada uma *plurality opinion*, desde que as demais posições existente tiverem adesão igual ou inferior a isso.

⁹³³ DAVIS; REYNOLDS, *Juridical Cripples*.

⁹³⁴ NOVAK, *The precedential value of Supreme Court plurality decisions*, p. 758.

decidiu pela inconstitucionalidade redigiu voto individual, sendo que dois deles concluíram que a pena de morte é inconstitucional por si só (“*cruel and unusual punishment*”, em qualquer caso); ao passo que três outros entenderam que o procedimento adotado por aquele Estado em particular era incorreto, arbitrário e de tendência preconceituosa contra réus afrodescendentes (sem se pronunciar que, se fosse de outro modo, seriam favoráveis à pena de morte).

Como parece claro, as *plurality opinions* representam um desafio numa Corte de Precedentes, na medida em que não fornecem uma clara *ratio decidendi*.⁹³⁵ Assim, a Corte geralmente não consegue cumprir o seu papel de outorgar unidade ao direito, limitando-se a oferecer solução à disputa concreta.⁹³⁶

Transportando-se esse fenômeno para o STF, tome-se o exemplo em que oito Ministros decidiram dar provimento ao recurso extraordinário, sendo que cinco deles aderem a uma dada linha de fundamentação e três deles a outra. Por sua vez, três outros julgadores apresentaram, em conjunto, um voto dissidente, adotando distinto fundamento e, obviamente, negando provimento ao recurso.

Ao se contabilizar apenas os resultados, a Corte, por uma maioria de oito votos contra três, decidiu prover o recurso (8 x 3). Por outro lado, examinando-se os fundamentos dos votos, vê-se que a Corte se dispersou por votos que adotam três distintas linhas argumentativas, uma aderida por cinco julgadores, outra por três e a última corrente por três (5 x 3 x 3). Como no STF a maioria representa seis votantes, já se nota que não se formou uma maioria sobre os fundamentos da decisão, o que representa uma dispersão das razões de decidir.

A questão é mais relevante do que se possa supor e um exemplo pode ilustrar bem. No julgamento da ADI 1969, de relatoria do Ministro Lewandowski, o STF foi instado a decidir sobre tema da restrição ao direito de

⁹³⁵ *Ibid.*, p. 756.

⁹³⁶ Em tais situações não se aplica aqui o raciocínio tratado no Capítulo 1, no sentido de que o caso concreto é apenas um pretexto para que o STF outorgue unidade à Constituição, estabelecendo uma *ratio decidendi* que guiará casos futuros.

reunião. Mais precisamente, o caso envolvia a discussão sobre constitucionalidade do decreto do governador do Distrito Federal, que proibiu a utilização de carros de som na Praça dos Três Poderes, sob o argumento de que causaria prejuízos aos que trabalham nas redondezas. A Corte julgou procedente a ação por unanimidade.⁹³⁷

No entanto, como bem analisam Vojdovic *et al.*,⁹³⁸ afora a linha argumentativa do voto do relator, outros quatro posicionamentos autônomos surgiram ao longo das demais manifestações de voto. Ou seja, alguns membros do colegiado adotaram fundamentos distintos daqueles apresentados pelo relator. Ao final dos votos, porém, esses mesmos votantes diziam acompanhar o relator, quando na realidade apenas convergiam com este quanto ao resultado (julgar procedente a ação). Com isso, conquanto o resultado tenha sido unânime pelos nove ministros que participaram do julgamento,⁹³⁹ a fundamentação dispersou-se por cinco linhas argumentativas autônomas.

Se tal questão não desafia maiores problemas para a resolução do caso concreto, não se pode dizer o mesmo no que toca à extração da *ratio decidendi*, em decorrência da dispersão dos fundamentos.

Portanto, já se vê que a problemática não é exclusiva da realidade estrangeira. Ora, as *plurality opinions* podem surgir em quaisquer sistemas que admitam que os julgadores manifestem votos individuais. Na medida em que a formação da *ratio* pressupõe o acolhimento de determinada linha argumentativa pela maioria do colegiado, a presença de votos concorrentes especiais e dissidentes pode naturalmente conduzir à fragmentação da Corte.⁹⁴⁰

Importa ainda perceber que tanto as Cortes quanto a doutrina estadunidense têm dedicado significativa atenção a tal fenômeno, explorando suas causas e sugerindo soluções. No entanto, como já dito, a problemática não

⁹³⁷ STF, Pleno, ADI 1869, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 28.06.2007.

⁹³⁸ VOJVODIC; MACHADO; CARDOSO, Escrevendo um romance, primeiro capítulo, p. 28–31.

⁹³⁹ Apenas 9 Ministros votaram, eis que os Ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa estavam ausentes.

⁹⁴⁰ POSNER, *The federal courts*, p. 363.

é encarada no momento da formação do precedente, mas como a *plurality opinion* deve ser interpretada quando casos futuros desafiarem o mesmo tema. Em outras palavras, se não se pode coagir os julgadores de uma Corte Suprema a adotar os mesmos fundamentos, é preciso, ao menos, compreender o valor precedental - ou a carência de valor - de um acórdão em que nenhuma das linhas argumentativas é sufragada pela maioria absoluta do colegiado.

Uma das soluções mais prestigiadas no direito norte-americano, formulada pela própria Suprema Corte, é a de que se deve procurar uma zona de sobreposição entre as *opinions* e atribuir força precedental a este ponto de convergência. Vale dizer, busca-se encontrar o máximo denominador comum entre os fundamentos díspares que suportam o resultado majoritário (*narrowest grounds*).⁹⁴¹

No entanto, a experiência norte-americana registra muitas situações em que o recurso ao *narrowest ground* pode não ser suficiente, já que nem sempre os votos apresentam sobreposição.⁹⁴²

Ainda que as soluções alvitradas nos Estados Unidos não se limitem a tal abordagem, o fato é que nenhuma delas é plenamente satisfatória e decorre de uma injustificada obstinação em se encontrar a fração da *ratio decidendi* compartilhada pelo colegiado, quando muitas vezes ela não existe.

De fato, em grande parte dos casos as *plurality opinions* podem carecer de valor precedental. Significa dizer que, embora o caso concreto seja decidido, a interpretação da questão de direito permanece indefinida e não se presta para o fim de orientar casos vindouros.⁹⁴³

⁹⁴¹ Denomina-se tal abordagem de *Mark Doctrine*, eis que originado do caso *Mark v. United States* (1977), cuja discussão envolveu a forma de interpretar uma *plurality opinion* (*Memoirs v. Massachusetts*): “When a fragmented Court decides a case and no single rationale explaining the result enjoys the assent of five Justices, the holding of the Court may be viewed as that position taken by those Members who concurred in the judgments on the narrowest grounds.”

⁹⁴² É o exemplo do caso *Furman v. Georgia* antes referido.

⁹⁴³ Embora não tenham analisado a questão na perspectiva dos precedentes, autores como Egas Moniz de Aragão e Barbosa Moreira, em escritos das décadas de 60 e 70, já deixavam clara a diferença entre fundamento do acórdão e fundamento do voto, bem como apontavam para o risco de que, ao não se dar atenção aos votos individuais, poder-se-ia estar somando “pensamentos heterogêneos” para aferir o resultado. Sobre isso, v. MONIZ DE ARAGÃO,

Nessa perspectiva, a dispersão da Corte no que diz respeito aos fundamentos, sem que nenhum deles seja perfilhado pela maioria, não significa uma patologia do julgamento colegiado, mas apenas o reflexo de que diferentes pontos de vista foram objeto de criteriosa deliberação e não puderam ser conciliados (o que é compreensível em teses constitucionais de maior polêmica). Como dito, uma teoria de julgamento colegiado que se funda na lógica majoritária almeja, como um ideal regulativo, transmitir o entendimento institucional (isto é, aquele sufragado pela maioria absoluta, quando não unânime), que terá força precedental e, portanto, que orientará a sociedade e os casos futuros, mas sem que isso exija a supressão do dissenso. Se não há voz majoritária, isso significa que a instituição não se encontra pronta para decidir a questão de forma definitiva e universal.

Afinal de contas, os desacordos integram a realidade do julgamento colegiado, tal como integram a vida em sociedade.⁹⁴⁴

Portanto, uma Corte de Precedentes convive com a dispersão de linhas argumentativas a respeito de temas constitucionais. Há quem sugira que, nessas hipóteses, a Corte estaria até mesmo praticando um exercício de autocontenção.

Ou seja, comunicando a sociedade que, embora o caso concreto esteja sendo julgado, a dispersão do colegiado em relação a uma tese constitucional sinaliza que a questão deve, por ora, manter-se indefinida. Conservando-se indeterminada, abre-se ensejo ao debate e ao amadurecimento do tema no âmbito social, jurídico e político.⁹⁴⁵

Há que se entender, por conseguinte, que a dispersão do colegiado no tocante às razões de decidir, ainda que não seja ideal (uma vez que pode impedir a constituição do precedente), tem a vantagem de transmitir a

Embargos de nulidade e infringentes do julgado, p. 177–178; BARBOSA MOREIRA, **Comentários ao Código de Processo Civil - v. V**, p. 485–488.

⁹⁴⁴ NOVAK, *The precedential value of Supreme Court plurality decisions*, p. 760.

⁹⁴⁵ Paterson cita o depoimento de um dos Law Lords, Sir Reid, que assinala a utilidade da incerteza em certas situações: “... it is often not possible to reach a final solution of a difficult problem all at once. It is better to put up with some uncertainty—confusion if you like—for a time, than to reach a final solution prematurely.” (PATERSON, **Final judgment**, p. 100).

discussão havida intramuros, permitindo, em última análise, que as gerações presente e futura possam acessar e beneficiar-se do rol de argumentos expostos e discutidos pela Corte, ampliando tal debate em outros âmbitos.⁹⁴⁶

Obviamente, isso não obsta que a questão, ainda irresoluta, venha a ser mais uma vez desafiada e que uma novel rodada deliberativa seja principiada no âmbito judicial. É o que aduz Marinoni:

Ao que parece, a tentativa de atribuir eficácia de precedente ao resultado é uma obsessão daqueles que têm dificuldade para aceitar uma decisão plural despida de valor precedental. Ora, se não há fundamento amparado pela Corte não há motivo para não deixar a questão em aberto, convocando os tribunais inferiores e a academia para colaborar para a formação da oportuna *ratio decidendi*.

Logo, tanto as Cortes inferiores podem analisar a questão, incrementando o rol de alternativas decisórias sobre o tema,⁹⁴⁷ quanto a Corte Suprema pode, futuramente, reencontrar o tema para, daí então, outorgar-lhe a adequada interpretação.

⁹⁴⁶ Veja-se a reflexão de Stack sobre os votos dissidentes: “Dissenting opinions preserve the dialogue of previous Courts concerning questions of law. If only the majority opinion were public, future judges could only consider the Court’s reasons for a judgment. The addition of the practice of dissent gives judges access to the conversation that produced the particular reasons for a judgment. Dissenting opinions are thus valuable not only if they capture the majority of a future court; dissenting opinions are also valuable as carriers of judicial conversation through time; they connect the dialogue of generations of Justices and judges with one another. These opinions enable the Justices and other judges to participate in an intertemporal conversation that may be a defining feature of the judiciary.” (STACK, *The practice of dissent in the Supreme Court*, p. 2257).

⁹⁴⁷ “Multiple opinions can also mitigate the stranglehold of a strict precedent system by affording lower courts increased opportunities to distinguish future cases, and by providing theories from which alternative lines of reasoning can be derived in future cases. Thus, plurality decisions allow lower courts an extra measure of freedom to adapt to changing conditions and to achieve equitable results within the logical boundaries of Supreme Court mandates.” (NOVAK, *The precedential value of Supreme Court plurality decisions*, p. 760).

6.16 As *plurality opinions* diante da opção legislativa do novo Código de Processo Civil

A questão tratada anteriormente ganha especial relevância atualmente em virtude de que o novo Código de Processo Civil, buscando incorporar e disciplinar o uso dos precedentes, prescreve, em alguns de seus dispositivos, a necessidade de que seja explicitada a tese jurídica do julgado, bem como trata de questões respeitantes à revisão e à modificação da tese.

Algumas observações aqui são relevantes: embora o Código de Processo Civil tenha optado por valer-se de uma técnica formal e quantitativa para estabelecer o que são precedentes, dando a entender que precedentes seriam somente as decisões oriundas das medidas judiciais enumeradas em seu art. 927, tal norma evidentemente deve ser interpretada com ressalvas.⁹⁴⁸

Um provimento não se qualifica como precedente apenas porque é oriundo de certo procedimento (aspecto formal). É preciso, mais do que isso, saber de qual órgão a decisão emana e, para o que ora interessa, se a decisão detém certa substância, consistente numa fundamentação da qual se possa extrair a *ratio decidendi* sufragada majoritariamente (aspecto substancial). Com efeito, é a *ratio decidendi* que tem valor vinculante e que deve ser observada pelas Cortes inferiores e pela sociedade, de um modo geral.

Em outras palavras, não basta que a decisão seja proveniente dos procedimentos enumerados no art. 927, I e III do CPC para que seja reputada um precedente obrigatório. É preciso um atributo de caráter qualitativo e substancial: a decisão deve conter um *holding* suportado pela maioria do colegiado. Na terminologia do Código, a “tese jurídica” que dá substrato ao julgado deve ser acolhida majoritariamente; do contrário, ainda que a decisão seja proferida, por exemplo, num recurso repetitivo, pode ser carecedora de valor precedental.

⁹⁴⁸ Daí a crítica de que o novo CPC não estabeleceu um sistema de precedentes vinculantes, mas, sim, um sistema de provimentos vinculantes, a teor do art. 927. (STRECK, Lenio; ABOUD, George. O NCPC e os precedentes –afinal, do que estamos falando? In: DIDIER JR., Fredie *et al.* **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 175-182.

Em segundo lugar, como compete às Cortes Supremas (STF e STJ) dar unidade ao direito, as decisões oriundas de recursos especiais e extraordinários, ainda que não sejam repetitivos, podem, do mesmo modo, formar precedentes. O precedente não se forma em função da quantidade - repetitiva - de casos que chega a Corte, mas pela peculiar qualidade da decisão que resolve o caso, outorgando unidade ao direito.⁹⁴⁹

Portanto, numa hipótese de dispersão dos fundamentos que suportam o resultado majoritário (*plurality opinion*), não raro haverá um obstáculo à formação da *ratio decidendi* e, conseqüentemente, do precedente.⁹⁵⁰ Neste caso, pouco importa se a decisão colegiada emanou de alguns dos procedimentos indicados no art. 927, pois, não havendo *ratio decidendi*, não há precedente.

Nestes casos em que há dispersão da fundamentação, é preciso ter em mente que não há uma tese sufragada pela Corte e, portanto, não há como se cogitar que o julgamento possa ter força vinculante ou persuasiva. Do mesmo modo, em se tratando de recursos repetitivos, a Corte deve reconhecer que quando diversos julgadores chegarem à mesma conclusão, mas adotando distintas teses, por não se alcançar um entendimento institucional (uma tese institucional), é altamente provável que o julgamento do recurso repetitivo, no final das contas, não sirva para determinar o julgamento dos demais casos que versem sobre a mesma questão jurídica (estejam sobrestados eles ou não).

Obviamente que, ciente de tal risco, nada impede que o colegiado robusteça seu empenho deliberativo, a fim de alcançar o consenso ou, ao menos, uma formação majoritária em torno de uma opção decisória que virá a constituir a “tese firmada”.

⁹⁴⁹ Do contrário, o incidente de assunção de competência, que não exige casos repetitivos (“sem repetição em múltiplos processos”, a teor do art. 947), não poderia constar no rol do art. 927.

⁹⁵⁰ A menos que, usando a abordagem do *narrowest ground* por analogia, se possa encontrar no julgado *rationes* que se sobrepõem e que, em algum ponto, permitam vislumbrar um fundamento parcialmente acolhido pela maioria absoluta do colegiado.

6.17 Soluções em caso de empate

Ocasionalmente, a dispersão quanto ao resultado do julgamento pode gerar o empate no colegiado. Isso se dá quando a Corte, apesar de ser formada por onze Ministros, conta com um número par de votantes. Basta pensar nas situações em que um dos julgadores declara-se impedido ou suspeito para participar do julgamento, bem com nos casos em que a Corte aguarda a nomeação de um novo Ministro pelo Presidente da República.⁹⁵¹

Nesses casos, o desafio não consiste em encontrar a *ratio decidendi* acolhida pela maioria, mas em decidir o caso concreto, isto é, em saber que resultado deve prevalecer diante do empate quanto à disposição do caso (prover ou não o recurso; julgar procedente ou não ação). Embora não seja uma hipótese das mais corriqueiras no STF, excepcionalmente acontece que, estando um Ministro impedido ou licenciado, cinco julgadores votem pelo provimento do recurso ou pela procedência da ação direta de constitucionalidade, ao passo que cinco vote em sentido oposto.

Diante disso, qual a solução a ser dada?

Em se tratando de demanda oriunda do controle concentrado de constitucionalidade, para a hipótese de ausência temporária de algum Ministro, o parágrafo único do art. 23 da Lei n. 9869/1999 assim dispõe:

Art. 23. Efetuado o julgamento, proclamar-se-á a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos seis Ministros, quer se trate de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade.

Parágrafo único. Se não for alcançada a maioria necessária à declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, estando ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso a fim de aguardar-se o comparecimento dos Ministros ausentes, até que se atinja o número necessário para prolação da decisão num ou noutro sentido.

⁹⁵¹ A longa espera pela nomeação de um Ministro para ocupar a vaga do Ministro Joaquim Barbosa é um exemplo atual de tal problema.

Portanto, num empate de cinco votos a cinco e estando ausente um dos Ministros, a solução reside em suspender o julgamento até que se complemente o quórum necessário.

Ainda no plano dos julgamentos que demandam maioria absoluta, situação diversa é aquela em que, estando todos os Ministros presentes, um (ou mais) Ministro declare-se impedido ou suspeito. Para tanto, o Regimento Interno dispõe do seguinte modo:

Art. 146. Havendo, por ausência ou falta de um Ministro, nos termos do art. 13, IX, empate na votação de matéria cuja solução dependa de maioria absoluta, considerar-se-á julgada a questão proclamando-se a solução contrária à pretendida ou à proposta.

Parágrafo único. No julgamento de habeas corpus e de recursos de habeas corpus proclamar-se-á, na hipótese de empate, a decisão mais favorável ao paciente.

De acordo com o dispositivo, na ocorrência de empate em votação que requer maioria absoluta, deve-se proferir o julgamento em sentido contrário ao postulado.

A rigor, tal solução é encontrada no direito comparado, conforme registram Jon Elster e Stéphanie Novak. O Tribunal Constitucional Alemão - que, conforme estudado anteriormente, é dividido em dois senados integrados por oito juízes cada - rejeita os pedidos de inconstitucionalidade quando há empate.⁹⁵²

Solução análoga sucede quando a Suprema Corte dos Estados Unidos, por algum motivo, encontra-se com um número par de *Justices*. Nessa hipótese, o eventual empate na votação conduz à manutenção da decisão da Corte inferior (já que o controle de constitucionalidade é feito sempre a partir de um caso concreto).⁹⁵³

É essa a lógica que preside o art. 146 do Regimento Interno.

⁹⁵² ELSTER, Jon; NOVAK, Stéphanie (Orgs.), **Majority decisions: principles and practices**, New York: Cambridge University Press, 2014, p. 4.

⁹⁵³ *Ibid.*

Merece, porém a ressalva de que, em se tratando de ação declaratória de constitucionalidade, o empate obviamente não pode gerar a conclusão de que se deve proclamar “solução contrária à pretendida ou à proposta”, conforme se depreenderia de uma interpretação literal. Do contrário, estar-se-ia declarando a inconstitucionalidade de uma norma sem que tenha havido o voto da maioria absoluta nesse sentido, o que ofenderia frontalmente art. 97 da Constituição Federal.

Portanto, a única interpretação que pode se dar ao referido dispositivo é de que “nenhuma lei ou ato normativo jamais será declarado inconstitucional senão pela maioria absoluta da Corte, e, caso haja empate em qualquer que seja a ação, não teremos maioria absoluta formada, logo, a lei ou ato normativo questionado permanece no ordenamento.”⁹⁵⁴

Em se tratando de recurso extraordinário, o STF chegou à solução análoga, a partir de uma interpretação por analogia dada ao art. 205, II, do Regimento Interno, decidindo que, em caso de empate, deveria ser mantida a decisão impugnada, proferida pelo Tribunal Superior Eleitoral.⁹⁵⁵

Ao que parece, porém, a analogia poderia ser extraída do art. 146 do Regimento Interno, cujo objetivo, em última análise, é manter o *status quo* quando não se alcança a maioria absoluta. Salvo melhor juízo, a interpretação pode servir tanto para se manter a norma cuja constitucionalidade é questionada, quanto para manter a decisão do Tribunal de origem que é impugnada por meio do recurso extraordinário.

Por fim, registre-se que, para outras hipóteses que não recaiam na regra do art. 146 do Regimento Interno do STF (que expressamente refere-se à

⁹⁵⁴ LEAL, Saul Tourinho, A polêmica do quórum nas decisões do STF. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2010-set-29/polemica-quorum-decisoes-supremo>> Acesso em: 14 fev. 2014.

⁹⁵⁵ Trata-se de recurso discutindo a aplicação da Lei da Ficha Limpa. A proposta do Ministro Celso de Mello, diante do empate, foi a seguinte: “É por tal razão que proponho a aplicação analógica da norma inscrita no art. 205, parágrafo único, inciso II, do RISTF, fazendo prevalecer, no caso em exame, a decisão ora questionada, proferida pelo E. Tribunal Superior Eleitoral, objeto da impugnação nesta sede recursal extraordinária.” (STF, Pleno, RE 631.102, rel. Min. Joaquim Barbosa, *Dje* 20/06/2011)

“votação de matéria cuja solução dependa de maioria absoluta”), o art. 13, inc. IX, do Regimento Interno disciplina o voto de qualidade de competência do Presidente da Corte. De acordo com o dispositivo, compete ao Presidente proferir voto de qualidade nas decisões do Plenário, para as quais o Regimento Interno não preveja solução diversa, quando o empate na votação decorra de ausência de ministro em virtude de: a) impedimento ou suspeição; b) vaga ou licença médica superior a 30 (trinta) dias, quando seja urgente a matéria e não se possa convocar o ministro licenciado.

Logo, o voto de qualidade enquadra-se nesta situação específica em que não se exige a maioria absoluta.

CONCLUSÃO

Nosso propósito com o presente estudo foi o de aprofundar e provocar a reflexão sobre o julgamento colegiado numa Corte de Precedentes, tendo por foco a atuação do Supremo Tribunal Federal. Não se pretendeu aqui, todavia, discorrer meramente sobre regras procedimentais, tampouco examinar cada uma das ações e procedimentos que se encontram no âmbito de competência da Corte.

Nesse passo, objetivamos compreender o julgamento colegiado como um procedimento destinado à tomada de decisão coletiva. Assumindo a premissa de que a decisão judicial é fruto do esforço colegiado, reputamos fundamental entender a dinâmica da deliberação judicial, notadamente quando se pensa numa Corte como o Supremo Tribunal Federal, que tem a função institucional dar unidade ao direito constitucional mediante o estabelecimento de precedentes.

Demonstramos, porém, que o Supremo Tribunal Federal fica aquém do desempenho deliberativo e decisório que dele se espera. Ora, na atual dinâmica de seu julgamento colegiado, cada julgador expõe serialmente sua opinião - nem sempre deixando claro sua motivação -, sem qualquer preocupação com a formação de uma decisão colegiada que demonstre ao público a adesão - da Corte ou de sua maioria - a fundamentos que venham a constituir a *ratio decidendi*.

Como os Ministros do STF preparam seus votos concomitante e isoladamente e, ademais, os divulgam serialmente na sessão de julgamento, não há espaço para o debate a respeito de potenciais opções decisórias, tampouco enfrentamento discursivo. Ou seja, as variadas posições porventura existentes no colegiado raramente passam pela depuração deliberativa.

Cada um dos julgadores divulga o seu voto, de forma sequencial, e, ao cabo dessa rodada de leituras ou pronunciamentos, é feita a apuração dos resultados em relação à proposta do relator.

Por conseguinte, ao final, forma-se um mosaico de posições dispersas que pouco contribui quando se almeja estabelecer o entendimento institucional e, por conseguinte, fomentar uma cultura de respeito aos precedentes. Dá-se muito mais atenção ao resultado do que as razões que conduziram a ele.

Uma das hipóteses explicativas disso é que a teoria normativa subjacente ao julgamento colegiado – que se contenta com caráter agregativo dos posicionamentos individuais como modelo decisório, sem a preliminar deliberação – não dá conta da pesada missão institucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Em outras palavras, a teoria normativa vigente é incompatível com a alta expectativa que se deposita na Corte, tornando-a incapaz de, em grande parte dos casos, cumprir sua tarefa institucional de outorgar sentido ao direito.

Devido a isso, embora se constitua um órgão colegiado, cujas decisões mereceriam ser fruto do aprimoramento permitido pelo processo de deliberação intramuros, a prática concreta do Supremo Tribunal Federal evidencia muita mais um processo decisório caracterizado pela agregação das opiniões isoladas de cada Ministro.

Isso tudo é agravado por óbices procedimentais e práticas arraigadas na tradição da Corte, que corroboram para que o processo de tomada de decisões no Supremo Tribunal Federal seja, em grande medida, destituído da criteriosa deliberação, além de marcado pelo extremo individualismo dos Ministros.

Por isso, não raramente a entrega da prestação jurisdicional resulta insatisfatória, com a prolação de decisões incoerentes, de difícil identificação da *ratio decidendi* e, por decorrência, cujo valor precedental resulta expressivamente mitigado.

A partir desta constatação, buscamos repensar a teoria atualmente subjacente ao julgamento colegiado, assim como alguns aspectos procedimentais e concernentes a práticas que obstaculizam a adequada deliberação e a prolação de decisões que revelem o entendimento institucional.

Como base teórica, sustentamos que o modelo de julgamento colegiado majoritário, que privilegia o objetivo institucional da Corte, sem sufocar as vozes dissonantes, parece ser um modelo ideal diante da realidade nacional e, notadamente, de um arranjo institucional que aspira por fomentar uma cultura jurídica de reverência aos precedentes.

A perspectiva institucionalista lança luzes no entendimento que se tem do julgamento colegiado, permitindo mensurar as vantagens de se compreender a Corte como uma instituição, como um agente que não se confunde com o seus componentes, como um protagonista dotado de uma missão no contexto jurídico-constitucional e cuja atuação tem pretensão de perenidade. Portanto, sob este enfoque, a sorte dos julgamentos de uma Corte não pode ser relegada ao entendimento, à predileção, ao capricho e as idiossincrasias de seus membros em dado momento histórico.

Por conta disso, a contribuição dessa perspectiva reside não apenas em estabelecer um significativo elo entre a deliberação - enquanto atributo do procedimento decisório - e os predicados institucionais de uma Corte Suprema (isto é, a sua missão, suas regras procedimentais e regimentais e a relevância da colegialidade dentro de cada arranjo decisório), mas também por provocar a reflexão sobre a teoria normativa que subjaz ao julgamento colegiado.

Ao lado disso, sustentamos que o procedimento deliberativo constitui a um referencial, um ideal regulativo, a ser perseguido por uma Corte de Precedentes.

Neste particular, a tese perfilhou o argumento de que o desempenho deliberativo da Corte traz influência no resultado do exercício jurisdicional,

que, em última análise, é a produção de uma decisão dotada de racionalidade, clareza e coerência, de modo a permitir não apenas a compreensão de seu resultado (dispositivo do julgado), mas também das razões que levaram a Corte a decidir de determinada maneira (*ratio decidendi*) e que, em última análise, orientarão julgamentos futuros e a sociedade em geral.

Para tanto, aderimos à premissa teórica de que um julgamento colegiado de cunho deliberativo tende a gerar decisões qualitativamente melhores, na medida em que propicia o adequado compartilhamento das informações entre os julgadores, atenua a racionalidade limitada, induz a um modo particular de justificar as pretensões individuais - já que faz os participantes mais conscientes dos pontos de vistas dos demais, mas também de suas próprias opiniões -, legitima as escolhas, estimula a obtenção do consenso e, finalmente, aprimora as qualidades morais e intelectuais dos participantes.

Em que pese tais potenciais benefícios, a deliberação judicial demanda um procedimento decisório mais criterioso, além de exigir mais da atuação de cada julgador (daí a importância da incorporação das virtudes éticas da deliberação no plano individual).

Por isso mesmo, dedicamos o capítulo final a examinar com maior profundidade aspectos críticos do julgamento colegiado do STF que poderiam e mereceriam ser repensados e remodelados, assim como sugerir aprimoramentos.

Por derradeiro, e repetindo a advertência feita ao início da presente pesquisa, longe de pretendermos o exaurimento total e irrestrito da temática proposta, a presente pesquisa teve o propósito de expor, discutir, sugerir soluções e provocar a reflexão sobre a deliberação e o julgamento colegiado no STF, na perspectiva de que o sistema processual e constitucional brasileiro possa, dentro do que é possível, aprimorar-se e beneficiar-se não apenas da experiência levada a efeito no direito estrangeiro, mas também de contribuições que são estranhas à dogmática processual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AHUMADA RUIZ, Maria Ángeles. La regla de la mayoría y la formulación de doctrina constitucional: Rationes dicidendi en la STC 136/1999. **Revista Española de Derecho Constitucional**, n. 58, p. 155–188, 2000.

ALDISERT, Ruggero J.; RASCH, Meehan; BARTLETT, Matthew P. Opinion writing and opinion readers. **Cardozo Law Review**, v. 31, p. 1–43, 2009.

ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivar A. Pedido de vista é poder de veto. **Folha de São Paulo**, 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2015/04/1616685-diego-werneck-arguelhes-e-ivar-a-hartmann-pedido-de-vista-e-poder-de-veto.shtml>>. Acesso em: 16 maio 2015.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. **Quando a unanimidade não esclarece**. Valor Econômico. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/2724050/quando-unanimidade-nao-esclarece>>. Acesso em: 18 fev. 2015.

ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.

ATYIAH, Patrick S.; SUMMERS, Robert S. **Form and substance in Anglo-American law: A comparative study of legal reasoning, legal theory, and legal institutions**. Oxford: Clarendon Press, 2002. (Clarendon Paperbacks).

BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. **Os rituais judiciais e o princípio da oralidade**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil - v. V**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil - v. V**. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado. In: **Temas de direito processual (Sexta série)**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 145–172.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado. **Caderno de Doutrina e Jurisprudência da Ematra XV**, v. 1, n. 3, p. 79–89, 2005.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Que significa “não conhecer” de um recurso? In: **Temas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 191–207.

BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BAUM, Lawrence. **Judges and their audiences: A perspective on judicial behavior**. Princeton: Princeton University Press, 2009.

BELL, John. **Judiciaries within Europe a comparative review**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

BELL, John. The Institutional Constraints on Particularism. *In*: BANKOWSKI, Zenon; MACLEAN, James (Orgs.). **The Universal and the Particular in Legal Reasoning**. Bodmin: Ashgate Publishing, Ltd., 2006, p. 41–52.

BOBEK, Michal. **Comparative reasoning in European Supreme Courts**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

BOZZO, Peter; EDWARDS, Shimmy; CHRISTINE, April A. Many voices, one Court: The origin and role of dissent in the Supreme Court. **Journal of Supreme Court History**, v. 36, n. 3, p. 193–215, 2011.

BRENNAN JR, William J. In defense of dissents. **Hastings Law Journal**, v. 37, p. 427–438, 1985.

BROWN, Lionel Neville; BELL, John. **French administrative law**. 5. ed. New York: Oxford University Press, 2003.

BURKHALTER, Stephanie; GASTIL, John; KELSHAW, Todd. A conceptual definition and theoretical model of public deliberation in small face-to-face groups. **Communication Theory**, v. 12, n. 4, p. 398–422, 2002.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CALLEROS, Juan Carlos. **The unfinished transition to democracy in Latin America**. New York: Routledge, 2009.

CARVALHO, Fabiano. A função do relatório no julgamento colegiado: Manifestação do princípio do contraditório. **Revista de Processo**, n. 198, p. 445–455, 2011.

CHAMBERS, Simone. Behind closed doors: publicity, secrecy, and the quality of deliberation. **Journal of Political Philosophy**, v. 12, n. 4, p. 389–410, 2004.

CHAMBERS, Simone. Deliberative democracy theory. **Annual Review of Political Science**, v. 6, n. 1, p. 307–326, 2003.

CLAYTON, Cornell W.; GILLMAN, Howard. **Supreme Court decision-making: new institutional approaches**. Chicago: University of Chicago Press, 1999.

COHEN, Joshua. Deliberation and democratic legitimacy. *In*: PETTIT, Philip; HAMLIN, Alan (Orgs.). **The good polity: normative analysis of the State**. Oxford: Basil Blackwell, 1989, p. 17–34.

COHN, E. J. Dissenting Opinions in German Law. **The International and Comparative Law Quarterly**, v. 6, n. 3, p. 540–543, 1957.

COOPER, Phillip J.; BALL, Howard. **The United States Supreme Court: from the inside out**. Upper Saddle River: Prentice Hall, 1996.

CORLEY, Pamela C.; STEIGERWALT, Amy; WARD, Artemus. **The puzzle of unanimity: consensus on the United States Supreme Court**. Stanford: Stanford Law Books, 2013.

CORTE COSTITUZIONALE. **Che cosa è la Corte Costituzionale**. 4. ed. Roma: Ufficio Stampa, 2012.

COSTA, Sylvio; SARDINHA, Edson. **Marco Aurélio critica “troca de votos” no STF**. Congresso em Foco. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/marco-aurelio-critica-“troca-de-votos”-de-ministros-no-stf>>. Acesso em: 12 out. 2014.

DA SILVA, Virgílio Afonso. Deciding without deliberating. **International Journal of Constitutional Law**, v. 11, n. 3, p. 557–584, 2013.

DAVIS, John F.; REYNOLDS, William L. Juridical cripples: plurality opinions in the Supreme Court. **Duke Law Journal**, p. 59–86, 1974.

DOUGLAS, William O. The dissent: A safeguard of democracy. **Journal of the American Judicature Society**, v. 32, p. 104, 1948.

DRYZEK, John S. **Deliberative democracy and beyond: liberals, critics, contestations**. New York: Oxford University Press, 2000.

DRYZEK, John S. Democratization as Deliberative Capacity Building. **Comparative Political Studies**, v. 42, n. 11, p. 1379–1402, 2009.

DRYZEK, John S. **Discursive democracy: Politics, Policy, and Political Science**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

EDWARD, David. How the Court of Justice works. **European Law Review**, n. 20, p. 539–558, 1995.

EDWARDS, Harry T. The effects of collegiality on judicial decision making. **University of Pennsylvania Law Review**, p. 1639–1690, 2003.

ELSTER, Jon; NOVAK, Stéphanie (Orgs.). **Majority decisions: principles and practices**. New York: Cambridge University Press, 2014.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. **The choices justices make**. Washington: CQ Press, 1998.

FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. **III Relatório Supremo em Números: O Supremo e o Tempo**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2014.

FARAGUNA, Pietro. Report on the Italian Constitutional Court’s Case Law. **Revus - Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law**, n. 16, p. 127–138, 2011.

FARBER, Daniel A.; SHERRY, Suzanna. **Judgment calls: Principle and politics in Constitutional Law**. New York: Oxford University Press, 2009.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional adjudication: lessons from Europe. **Texas Law Review**, v. 82, p. 1671–1704, 2003.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional courts as deliberative institutions: towards an institutional theory of constitutional justice. In: SADURSKI, Wojciech (Org.). **Constitutional Justice, East and West: Democratic legitimacy and constitutional courts in post-communist Europe in a comparative perspective**. London: Kluwer Law International, 2002, p. 21–36.

FISHKIN, James S.; LASLETT, Peter; PETTIT, Philip (Orgs.). Deliberative democracy, the discursive dilemma, and republican theory. *In: Debating deliberative democracy*. Malden: Blackwell Publishing, 2006, p. 138–162.

FISS, Owen M. The bureaucratization of the Judiciary. *Yale Law Journal*, v. 92, p. 1442–1468, 1983.

FØLLESDAL, Andreas.; PETERS, Birgit.; ULFSTEIN, Geir. **Constituting Europe: the European Court of Human Rights in a national, European, and global context**. New York: Cambridge University Press, 2013.

FONTAINHA, Fernando de Castro; DA SILVA, Angela Moreira Domingues; ALMEIDA, Fábio Ferraz de. **História Oral do Supremo [1988-2013]: Cezar Peluso**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2015.

FORRESTER, Ian S. The judicial function in European Law and pleading in the European Courts. *Tulane Law Review*, v. 81, p. 647–719, 2006.

FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. *Texas Law Review*, v. 84, p. 257–337, 2005.

GARAPON, Antoine. **Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

GASTIL, John. **By popular demand: revitalizing representative democracy through deliberative elections**. Berkeley: University of California Press, 2000.

GASTIL, John. **Democracy in small groups: participation, decision making, and communication**. Philadelphia: New Society Publishers, 1993.

GASTIL, John. **Political communication and deliberation**. Thousand Oaks: Sage Publications, 2008.

GEORGE, Tracey E.; EPSTEIN, Lee. On the nature of Supreme Court decision making. *American Political Science Review*, v. 86, n. 2, p. 323–337, 1992.

GIBSON, James L. Judicial institutions. *In: RHODES, R. A. W.; BINDER, Sarah A.; ROCKMAN, Bert A. (Orgs.). The Oxford handbook of political institutions*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 514–534.

GILLMAN, Howard. The new institutionalism, part I: more and less than strategy: some advantages to interpretive institutionalism in the analysis of judicial politics. *Law and Courts*, v. 7, p. 6–11, 1997.

GINSBURG, Ruth Bader. Remarks on writing separately. *Washington Law Review*, v. 65, p. 133–150, 1990.

GINSBURG, Ruth Bader. Speaking in a judicial voice. *New York University Law Review*, v. 67, p. 1185–1209, 1992.

GOODIN, Robert E. **Innovating democracy: democratic theory and practice after the deliberative turn**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

GOODIN, Robert E. Sequencing Deliberative Moments. *Acta Politica*, v. 40, n. 2, p. 182–196, 2005.

GREEN, Andrew; ALARIE, Benjamin. Should they all just get along? Judicial ideology, collegiality, and appointments to the Supreme Court of Canada. *University of New Brunswick Law Journal*, v. 58, p. 73–91, 2007.

GREENHOUSE, Linda. **The U.S. Supreme Court: a very short introduction**. New York: Oxford University Press, 2012.

GUNDERSEN, Adolf G. **The environmental promise of democratic deliberation**. Madison: The University of Wisconsin Press, 1995.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis F. **Why deliberative democracy?** Princeton: Princeton University Press, 2004.

HAIRE, Susan B.; MOYER, Laura P.; TREIER, Shawn. Diversity, Deliberation, and Judicial Opinion Writing. **Journal of Law and Courts**, v. 1, n. 2, p. 303–330, 2013.

HALL, Kermit L.; ELY, James W.; GROSSMAN, Joel B. **The Oxford companion to the Supreme Court of the United States**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

HALL, Melinda Gann. Opinion assignment procedures and conference practices in State Supreme Courts. **Judicature**, v. 73, p. 209–214, 1989.

HANSEN, Kasper Møller. **Deliberative democracy and opinion formation**. Odense: University Press of Southern Denmark, 2004.

HARLAN II, John M. The role of oral argument. In: O'BRIEN, David M. (Org.). **Judges on judging: views from the bench**. 4. ed. Thousand Oaks: CQ Press, 2013, p. 144–148.

HARRIS, David *et al.* **Law of the European Convention on Human Rights**. Hampshire: Oxford University Press, 2014.

HETTINGER, Virginia A.; LINDQUIST, Stefanie A.; MARTINEK, Wendy L. **Judging on a Collegial Court: Influences on Federal Appellate Decision Making**. Charlottesville: University of Virginia Press, 2007.

HOCHSCHILD, Adam S. Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision: Interpretation in Historical Perspective, The. **Washington University Journal of Law & Policy**, v. 4, p. 261, 2000.

HORBACH, Carlos Bastide. **Qual é a utilidade da sustentação oral nos tribunais?** Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-fev-09/analise-constitucional-qual-utilidade-sustentacao-oral>>. Acesso em: 17 fev. 2015.

HOWARD, J. Woodford. On the Fluidity of Judicial Choice. **The American Political Science Review**, v. 62, n. 1, p. 43, 1968.

KAHN, Paul W. **The cultural study of law: reconstructing legal scholarship**. Chicago: University of Chicago Press, 1999.

KNIGHT, Jack. **Institutions and social conflict**. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

KNIGHT, Jack; EPSTEIN, Lee. The norm of stare decisis. **American Journal of Political Science**, p. 1018–1035, 1996.

KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russell A. **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany: Revised and Expanded**. 3. ed. Durham: Duke University Press, 2012.

KORNHAUSER, Lewis A. Modeling Collegial Courts. II. Legal Doctrine. **Journal of Law, Economics, & Organization**, v. 8, n. 3, p. 441–470, 1992.

KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G. The many as one: Integrity and group choice in paradoxical cases. **Philosophy & public affairs**, v. 32, n. 3, p. 249–276, 2004.

KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G. The one and the many: Adjudication in collegial courts. **California Law Review**, p. 1–59, 1993.

KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G. Unpacking the Court. **The Yale Law Journal**, v. 96, n. 1, p. 82–117, 1986.

KORNHAUSER, Lewis A. Deciding Together. **NYU School of Law, Public Law Research Paper**, n. 13–65, p. 13–37, 2013.

LAMB, Brian; SWAIN, Susan; FARKAS, Mark. **The Supreme Court: A C-Span book featuring the Justices in their own words**. New York: PublicAffairs, 2011.

LASSER, Mitchel de S.-O.-L'E. **Judicial deliberations: A comparative analysis of transparency and legitimacy**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

LEAL, Saul Tourinho. A polêmica do quórum nas decisões do STF. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-set-29/polemica-quorum-decisoes-supremo>>. Acesso em: 4 dez. 2014.

LEFLAR, Robert A. The multi-judge decisional process. **Maryland Law Review**, v. 42, p. 722–731, 1983.

LINDEMAN, Mark. Opinion quality and policy preferences in deliberative research. In: DELLI CARPINI, Michael X. Delli; SHAPIRO, Robert; HUDDY, Leonie (Orgs.). **Research in micropolitics: Political decision making, deliberation and participation**. Greenwich: JAI Press, 2002, v. 6, p. 195–224.

MACCOUN, Robert J. Psychological constraints on transparency in legal and government decision making. **Swiss Political Review**, v. 12, n. 3, p. 112–123, 2006.

MALTZMAN, Forrest; SPRIGGS II, James F.; WAHLBECK, Paul J. **Crafting law on the Supreme Court: The collegial game**. New York: Cambridge University Press, 2000.

MALTZMAN, Forrest; SPRIGGS II, James F.; WAHLBECK, Paul J. Strategy and judicial choice: new institutionalist approaches to Supreme Court decision-making. **Supreme Court decision-making: New institutionalist approaches**, p. 43, 1999.

MALTZMAN, Forrest; WAHLBECK, Paul J. Strategic Policy Considerations and Voting Fluidity on the Burger Court. **The American Political Science Review**, v. 90, n. 3, p. 581, 1996.

MANSBRIDGE, Jane. A “selection model” of political representation. **Journal of Political Philosophy**, v. 17, n. 4, p. 369–398, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: A justificativa do novo CPC**. São Paulo: RT, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas: Precedente e decisão do recurso diante do novo CPC**. São Paulo: RT, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: RT, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. 3. ed. São Paulo: RT, 2012.

MARTINEAU, Robert J. The value of appellate oral argument: A challenge to the conventional wisdom. **Iowa Law Review**, v. 72, p. 1–33, 1986.

MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional courts and deliberative democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. **Direito e interpretação: racionalidade e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 337–361.

MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma Corte deliberativa. In: VOJVODIC, Adriana de Moraes *et al* (Orgs.). **Jurisdição Constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 53–74.

MENDES, Conrado Hübner; DA SILVA, Virgílio Afonso. Entre a transparência e o populismo judicial. **Folha de São Paulo**, 2009. Disponível em: <www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz1105200908.htm>. Acesso em: 10 jul. 2015.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e Cortes Supremas: Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. São Paulo: RT, 2013.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente - Dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de Processo**, n. 206, 2012.

MOLINARI, John B. The Decisionmaking Conference of the California Court of Appeal. **California Law Review**, v. 57, n. 3, p. 606–614, 1969.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. **Embargos de nulidade e infringentes do julgado**. São Paulo: Saraiva, 1965.

MOORE, Ryan M. I concur! Do I matter?: Developing a framework for determining the precedential influence of concurring opinions. **Temple Law Review**, v. 84, p. 743–793, 2011.

NEVES, Marcelo. A “desrazão” sem diálogo com a “razão”: teses provocatórias sobre o STF, 2009. Disponível em: <www.osconstitucionalistas.com.br/a-desrazao-sem-dialogo-com-a-razao-teses-provocatorias-sobre-o-stf>. Acesso em: 11 out. 2014.

NOVAK, Linda. The precedential value of Supreme Court plurality decisions. **Columbia Law Review**, v. 80, n. 4, p. 756, 1980.

O'BRIEN, David M. (Org.). **Judges on judging: views from the bench**. 4. ed. Thousand Oaks: CQ Press, 2013.

O'CONNOR, Sandra Day. **The majesty of the law: Reflections of a Supreme Court Justice**. New York: Random House, 2003.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal Coalizões e “Panelinhas”. **Revista de Sociologia e Política**, v. 20, n. 44, p. 139–153, 2012.

PASQUINO, Pasquale. Constitutional adjudication and democracy. Comparative perspectives: USA, France, Italy. **Ratio Juris**, v. 11, n. 1, p. 38–50, 1998.

PATERSON, Alan. Decision-making in the UK's Top Court. **Cambridge Journal of International and Comparative Law**, v. 3, n. 1, p. 77–99, 2014.

PATERSON, Alan. **Final judgment: the last law lords and the Supreme Court**. Oxford: Hart Publishing, 2013.

PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos precedentes: Universabilidade das decisões do STJ**. São Paulo: RT, 2014.

PHLOGAITËS, Spyridôn I.; ZWART, Tom; FRASER, Julie. **The European Court of Human Rights and its discontents: turning criticism into strength**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2013.

PIZZORUSSO, Alessandro; VIGORITI, Vincenzo; CERTOMA, Giuseppe L. The constitutional review of legislation in Italy. **Temple Law Quarterly**, v. 56, p. 503–538, 1983.

POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

POSNER, Richard A. **The federal courts: challenge and reform**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

POWELL JR., Lewis F. What really goes on at the Supreme Court. *In*: O'BRIEN, David M. (Org.). **Judges on judging: views from the bench**. 4. ed. Thousand Oaks: CQ Press, 2013, p. 127–130.

POWELL JR., Lewis F. What the Justices are saying... **American Bar Association Journal**, v. 62, p. 1454–1461, 1976.

RAY, Laura Krugman. The Justices write separately: uses of the concurrence by the Rehnquist Court. **University California Davis Law Review**, v. 23, p. 777–831, 1990.

REHNQUIST, William H. **The Supreme Court**. New York: Vintage, 2001

REHNQUIST, William H. The Supreme Court's Conference. *In*: O'BRIEN, David M. (Org.). **Judges on judging: views from the bench**. 4. ed. Thousand Oaks: CQ Press, 2013, p. 131–134.

RITTER, Cyril. A new look at the role and impact of advocates-general - Collectively and individually. **Columbia Journal of European Law**, v. 12, p. 750, 2005.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as Cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

ROGOWSKI, Ralf; GAWRON, Thomas. **Constitutional Courts in Comparison: The U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court**. New York: Berghahn Books, 2002.

ROMBOLI, Roberto. La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental. **Revista española de derecho constitucional**, v. 16, n. 48, p. 35–80, 1996.

RUBIN, Alvin B. (Org.). **Judicial Writing Manual: A pocket guide for judges**. 2. ed. Washington: Federal Judicial Center, 2013.

SCALIA, Antonin. The dissenting opinion. **Journal of Supreme Court History**, v. 19, n. 1, p. 33–44, 1994.

SCHAUER, Frederick F. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SCHERMERS, Henry G.; WAELBROECK, Denis F. **Judicial protection in the European Union**. 6. ed. The Hague: Kluwer, 2001.

SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. **The Supreme Court and the attitudinal model revisited**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

SKOWRONEK, Stephen. Order and change. **Polity**, p. 91–96, 1995.

SLAUGHTER, Anne-Marie; STONE SWEET, Alec; WEILER, Joseph. **The European Court and national courts - Doctrine and jurisprudence: legal change in its social context**. Oxford: Hart Publishing, 1998.

SPAETH, Harold J.; SEGAL, Jeffrey A.; BENESH, Sara C. **The Supreme Court in the American legal system**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

STACK, Kevin M. The practice of dissent in the Supreme Court. **Yale Law Journal**, p. 2235–2259, 1996.

STEVENS, John Paul. Deciding what to decide: The docket and the rule of four. *In*: O'BRIEN, David M. (Org.). **Judges on judging: views from the bench**. 4. ed. Thousand Oaks: CQ Press, 2013, p. 135–143.

SUNDFELD, Carlos Ari Vieira. Princípio e preguiça. *In*: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. **Direito e interpretação: racionalidade e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 288–305.

SUNDFELD, Carlos Ari Vieira; PINTO, Henrique Motta. Três desafios para melhorar a jurisdição constitucional brasileira. *In*: VOJVODIC, Adriana de Moraes *et al* (Orgs.). **Jurisdição Constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 19–52.

TARUFFO, Michele. Institutional factors influencing precedents. *In*: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). **Interpreting Precedents. A comparative study**. Farnham: Ashgate Publishing, 1997.

TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

THOMPSON, Robert S.; OAKLEY, John B. From information to opinion in Appellate Courts: How funny things happen on the way through the forum. **Arizona State Law Journal**, p. 1–79, 1986.

TRAYNOR, Roger J. Some open questions on the work of state appellate courts. **The University of Chicago Law Review**, p. 211–224, 1957.

TUSHNET, Mark. **A Court divided: The Rehnquist Court and the future of Constitutional Law**. New York: W.W. Norton & Co., 2005.

VANBERG, Georg. **The politics of constitutional review in Germany**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

VARANO, Vincenzo. A proposito dell'eventuale introduzione delle opinion dissenziet nelle pronunce della Corte Costituzionale: considerazione sull'esperienza americana. *In*: ANZON, Adele (Org.). **L'opinione dissenziente: atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della consulta, nei giorni 5 e 6 novembre 1993: con un'antologia di opinioni dissenzienti di giudici costituzionali e internazionali**. Milano: Giuffrè, 1995, p. 129–144.

VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. **Revista Direito GV**, n. 9, p. 21–44, 2009.

WAGNER, Heather Lehr. **The Supreme Court**. New York: Chelsea House Publishers, 2007. (The U.S. government : how it works).

WAHLBECK, Paul J. Strategy and constraints on Supreme Court opinion assignment. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 154, p. 1729–1755, 2006.

WELLS, Michael. French and American Judicial Opinions. **Yale Journal of International Law**, v. 19, p. 81, 1994.

WERMIEL, Stephen. Using the Papers of US Supreme Court Justices: A Reflection. **New York Law School Law Review**, v. 57, p. 499–515, 2012.

ZURN, Christopher F. **Deliberative democracy and the institutions of judicial review**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.